

# DPCE ONLINE



**Direttore responsabile**  
Giuseppe Franco Ferrari

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

Tel. (+39) 02.5836.5227 mail:  
[dpceonline@gmail.com](mailto:dpceonline@gmail.com)  
Sito internet: [www.dpceonline.it](http://www.dpceonline.it)

**ISSN: 2037-6677**

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

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

#### Comitato scientifico

Vittoria Barsotti, Carlo Casonato, Lorenzo Cuocolo, Patrizia Depasquale, Angela Di Gregorio, Miryam Iacometti, Susanna Mancini, Laura Montanari, Paolo Passaglia, Pier Luigi Petrillo, Valeria Piergigli, Fabrizio Politi, Oreste Pollicino, Alessandro Somma, Rolando Tarchi

#### Redazione

**Coordinamento:** Edmondo Mostacci; **Comitato di redazione:** Serena Baldin, Carla Bassu, Vincenzo De Falco, Andrea Marchetti, Graziella Romeo, Sabrina Ragone, Dario Tosi, Claudia Sartoretti; **Comitato editoriale:** Valerio Lubello, Nausica Palazzo; Nicola Piscivano.

#### Redazioni territoriali

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

#### Collaboratori stranieri

Charles F. Abernathy (USA), Rainer Arnold (Germania), José Asensi (Spagna), Boguslaw Banaszak (Polonia), Daniel Barbu (Romania), Richard Bauman (Canada), Victor Bazán (Argentina), Christian Bidegaray (Francia), Andrea Biondi (UK), Torsten Bjerken (Svezia), Carlos Blanco de Morais (Portogallo), Roberto L. Blanco Valdés (Spagna), Allan Brewer Carías (Venezuela), Bojko Bucvar (Slovenia), Laurance Burgogue-Larsen (Francia), Paolo Carozza (USA), Alberto Ricardo Dalla Via (Argentina), José Alfonso Da Silva (Brasile), Francis Delpérée (Belgio), Carlos Delpiazzi (Uruguay), Silvio Devetak (Slovenia), Sean Donlan (Irlanda), Claude Emeri (Francia), Francisco Fernández Segado (Spagna), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Brasile), Manuel Gutan (Romania), Tomás Font i Llovet (Spagna), Christian Frank (Svizzera), Anna Gamper (Austria), Manuel Gutan (Romania), Gábor Hamza (Ungheria), Volkmar Götz (Germania), José Joaquim Gomes Canotilho (Portogallo), Andrew Harding (Canada), A.E. Dick Howard (USA), Paul Jackson (UK), Ernesto Jinesta Lobo (Costa Rica), Jiri Jirasek (Rep. Ceca), Christian Joly (Francia), Mariana Karagyozeva (Bulgaria), Anatoli Kovler (Russia), Cesar Landa (Perù), Juan Fernando López Aguilar (Spagna), Jorge Miranda (Portogallo), Jörg Monar (Germania), Sandra Morelli Rico (Colombia), Karlos Navarro (Nicaragua), Humberto Nogueira Alcalá (Cile), Nestor Osuna Patiño (Colombia), Otto Pfersmann (Francia), Alfredo Mordechai Rabello (Israele), Thierry Renoux (Francia), Olivo Rodríguez (Santo Domingo), Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (Spagna), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Spagna), Jurij Shulzhenko (Russia), Guillaume Tusseau (Francia), Diego Valadés (Messico), Mauro Zamboni (Svezia), Jan Wawrzyniak (Polonia), Diana Woodhouse (UK).

## Indice dei contributi

### EDITORIALE

- C. Martinelli**, *La Brexit come vaso di Pandora della Costituzione britannica* p. XI

### SAGGI

- F. Faini**, *Big data, algoritmi e diritto* p. 1869
- L. Melica**, *“Parlare a nuora perché suocera intenda”: il caso Trump ed il rapporto Mueller* p. 1883
- L. Paladini**, *La cooperazione strutturata permanente dell’Unione europea: disciplina, prassi e ruolo nell’integrazione in materia di difesa comune* p. 1905
- G. Tieghi**, *Human Rights Cities: lo Human Rights-Based Approach per la governance locale* p. 1933
- M.R. Calamita**, *Dalla “Via della seta” alla Belt and Road Initiative: analisi dei contenuti e della vincolatività giuridica del MoU Italia-Cina* p. 1961
- F. Deana**, *Continuità transfrontaliera degli status familiari e questioni di ordine pubblico nell’Unione europea* p. 1979
- F. Spagnoli**, *Impeachment presidenziale in America Latina: una forma di responsabilizzazione dell’Esecutivo o un golpe istituzionalizzato?* p. 2003

### SEZIONE MONOGRAFICA

#### Unità e frammentazione territoriale e sociale e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali

- A. Sperti**, *Introduzione al Focus* p. 2089
- M. Monti**, *L’asimmetria dei derechos estatutarios nell’ordinamento spagnolo fra identità, uguaglianza e visioni federali o regionali dello Estado Autonomico* p. 2093
- P. Parolari**, *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni “intersistemiche” dell’interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v. Khan* p. 2109
- E. Stradella**, *Soggetti, forme e strumenti dell’esecuzione delle decisioni costituzionali: l’impatto sulla tutela dei diritti fondamentali* p. 2121
- A. Carbone**, *L’art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all’interno degli Stati europei* p. 2137
- A. Sperti**, *Le Corti costituzionali tra tutela del pluralismo e delle singole identità* p. 2151

### CASI&QUESTIONI

- F. Rosa**, *Power to the Parliament. La Corte Suprema dichiara illegittima e nulla la lunga sospensione del Parlamento* p. 2165
- G.F. Ferrari**, *Miller II: il sindacato giurisdizionale sulle dinamiche della forma di governo prende definitivamente piede a Londra?* p. 2171

## NOTE E COMMENTI

### • Corte di Giustizia dell'UE

- G. Bellomo**, *Nozione di servizio di comunicazione elettronica e l'assunzione di responsabilità nel garantire la trasmissione dei segnali necessari al funzionamento del servizio* p. 2177
- F. Campodonico**, *Interventi a valere sul Fondo sociale europeo (FSE): un elevato tasso di errore legittima la Commissione a disporre "ulteriori verifiche"* p. 2185
- A. Caprotti**, *Il diritto di libero accesso a una manifestazione sportiva e il divieto di discriminazioni fondate sulla cittadinanza* p. 2189
- E. Ceccherini**, *L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia* p. 2197
- L. De Gregorio**, *Monaco e Avvocato? La Corte dice sì* p. 2209
- S. Felicioni**, *Mancata indicazione separata dei costi della manodopera negli appalti pubblici e diniego di soccorso istruttorio* p. 2217
- N. Fuccaro**, *Divieto di discriminazione della donna incinta nell'accesso al lavoro e tutela del dipendente che interviene in sua difesa* p. 2225
- F. Gallarati**, *Antitrust e ne bis in idem: la Corte di Giustizia rimanda la soluzione del problema* p. 2231
- F. Guella**, *Indipendenza "concreta ma in astratto" dell'ufficio di procura: la separazione tra politica e magistratura quale prerequisito di leale cooperazione nel mandato d'arresto europeo* p. 2237
- G. Mannocci**, *Appalti e gravi illeciti professionali pregressi. Legittima l'esclusione da una gara anche in assenza di un provvedimento definitivo* p. 2247
- E. Minniti**, *L'obbligo di motivazione nell'ambito della politica di sicurezza comune. I vincoli della discrezionalità del Consiglio Europeo di fronte al controllo giurisdizionale* p. 2253
- F. Monceri**, *Diritto del lavoratore al riposo: la Corte di giustizia statuisce l'obbligatorietà della registrazione giornaliera dell'orario di lavoro* p. 2259
- C. Ottonello**, *La rilevanza di una clausola di disclaimer nella valutazione del rischio di confusione di un marchio con uno registrato anteriormente* p. 2267
- L. Uccello Barretta**, *Il diritto europeo degli appalti e i contratti esclusi: il caso dei servizi legali affidati all'esterno dalle PPAA* p. 2271

### • Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo

- L. Paladini**, *La Corte IDH ordina nuove misure urgenti a fronte della situazione dei diritti umani in Nicaragua* p. 2277

### • Corti Africana dei Diritti Umani e dei Popoli

- M. del Ángel Iglesias**, *El asunto Ogiek: las Comunidades Indígenas ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* p. 2289

### • Corti costituzionali e supreme

- L.G. Sciannella**, *Diritto all'autodeterminazione e "terzo genere": la Cour constitutionnelle belge si pronuncia sul "Transgender Act"* p. 2295

### • Altre giurisdizioni

- M. Buccarella**, *Airbus vs Boeing: tra i due litiganti il terzo gode* p. 2301

### I collaboratori del presente fascicolo

p. 2313

## Contents

### EDITORIAL

- C. Martinelli**, *Brexit: Pandora's box of the British Constitution* p. XI

### ARTICLES

- F. Faini**, *Big data, algorithms and law* p. 1869  
**L. Melica**, *The Trump case and the Mueller report* p. 1883  
**L. Paladini**, *The Permanent Structured Cooperation: Rules, Practice and Role in the European Defence Cooperation* p. 1905  
**G. Tieghi**, *Human Rights Cities: The Human Rights-Based Approach for the Local Governance* p. 1933  
**M.R. Calamita**, *From the Silk Road to the Belt and Road Initiative: contents and legal value analysis of the China-Italy MoU* p. 1961  
**F. Deana**, *Cross-border continuity of family status and public policy concerns in the European Union* p. 1979  
**F. Spagnoli**, *Presidential impeachment in Latin America: a way to make the executives responsible or an institutionalized coup?* p. 2003

### MONOGRAFIC SECTION

- A. Sperti**, *Introduction* p. 2089  
**M. Monti**, *The asymmetry of the Derechos Estatutarios in the Spanish legal system between identity, non-discrimination principle, and federal and regional perspectives on the Estado Autonomico* p. 2093  
**P. Parolari**, *Legal Polycentricity, interlegality, and "inter-systemic" dimensions of judicial interpretation. Reflections starting from the English case Akhter v. Khan* p. 2109  
**E. Stradella**, *Subjects, formalities and instruments of the executions of constitutional adjudications: their impact on fundamental rights protection* p. 2121  
**A. Carbone**, *Article 6 ECHR, administrative procedure and judicial review. Practical differences among the European legal systems* p. 2137  
**A. Sperti**, *Constitutional courts, protection of pluralism and safeguard of single identities* p. 2151

### CASI&QUESTIONI

- F. Rosa**, *The Supreme Court declares unlawful, void and of no effect the long prorogation of Parliament* p. 2165  
**G.F. Ferrari**, *Does the judicial review of the dynamics of the form of government ultimately catch on in London?* p. 2171

### NOTES AND COMMENTS

#### • Court of Justice of the EU

- G. Bellomo**, *Concept of «Electronic communication service»: it's decisive, at least for now, the assumption of responsibility in ensuring the transmission of the signals necessary for the service to work* p. 2177  
**F. Campodonico**, *Operations contributed by European Social Fund (ESF): an elevated error rate allows the European Commission to set supplementary verifications* p. 2185

<b>A. Caprotti</b> , <i>The Right to Free Access to a National Sport Event and the Prohibition of Discrimination on grounds of the Nationality</i>	p. 2189
<b>E. Ceccherini</b> , <i>The independence of the judiciary as key factor for the rule of law. The European Court of Justice chastises Poland</i>	p. 2197
<b>L. De Gregorio</b> , <i>Monk and Lawyer? The Court's affirmative answer</i>	p. 2209
<b>S. Felicioni</b> , <i>Public procurement: when labour costs are not listed separately in the tender, the denial of the soccorso istruttorio procedure is in line with the EU principles</i>	p. 2217
<b>N. Fuccaro</b> , <i>Prohibition of discrimination of the pregnant woman in access to employment and protection of the worker who supports her</i>	p. 2225
<b>F. Gallarati</b> , <i>Antitrust and ne bis in idem: the Court of Justice postpones the solution of the problem</i>	p. 2231
<b>F. Guella</b> , <i>An independence of the public prosecution's office "concrete but in abstract": the separation between politics and judiciary as a prerequisite for fair cooperation in the European Arrest Warrant</i>	p. 2237
<b>G. Mannocci</b> , <i>The Exclusion from participation in Public Procurement for grave professional misconduct in the absence of a definitive jurisdictional provision</i>	p. 2247
<b>E. Minniti</b> , <i>The obligation to state reasons in the context of the common security policy. The constraints of the European Council's discretion in the face of judicial review</i>	p. 2253
<b>F. Monceri</b> , <i>Worker's right to rest: the Court of Justice establishes the obligation to record daily working time</i>	p. 2259
<b>C. Ottonello</b> , <i>The relevance of a disclaimer clause in the analysis of the likelihood of confusion of a trade mark with one earlier registered</i>	p. 2267
<b>L. Uccello Barretta</b> , <i>The European Law of Public Procurement and the Excluded Contracts: the Case of the Legal Services given by Public Administrations</i>	p. 2271
<b>• Inter-American Court of Human Rights</b>	
<b>L. Paladini</b> , <i>The IACtHR new order to adopt urgent measures before the serious human rights crisis in Nicaragua</i>	p. 2277
<b>• African Court on Human and Peoples' Rights</b>	
<b>M. del Ángel Iglesias</b> , <i>The Ogiek Case: Indigenous Communities before the African Court of Human and Peoples' Rights</i>	p. 2289
<b>• Foreign Jurisdictions</b>	
<b>L.G. Sciannella</b> , <i>Right to Self-Determination and "Third Gender": the Belgian Constitutional Court pronounces itself on the "Transgender Act"</i>	p. 2295
<b>• Other Jurisdictions</b>	
<b>M. Buccarella</b> , <i>Airbus vs Boeing: between two litigants the bystander enjoys</i>	p. 2301
<b>Contributors</b>	p. 2313







## La Brexit come vaso di Pandora della Costituzione britannica

di Claudio Martinelli

1. – Quando nel 2015 il Partito conservatore decise di inserire nel proprio Manifesto elettorale la rinegoziazione della *membership* britannica nell’Unione Europea, per poi sottoporre a referendum popolare la permanenza o meno alle nuove condizioni, nessun esponente politico, *constitutional lawyer* o osservatore della vita politica, avrebbe mai potuto immaginare a quali prove il sistema costituzionale di questo Paese stava andando incontro. Eppure, di fronte a questa sfibrante vicenda chiamata Brexit, che appare interminabile e che non smette di presentare colpi di scena e occasioni di conflitto, tutta la forza di una tradizione quasi millenaria si scopre improvvisamente esposta a momenti di tempesta che rischiano di minarne le certezze sul piano della forma di governo e perfino su quello dell’integrità dello Stato.

Le ultime cruciali settimane che hanno visto il sistema politico e costituzionale duramente impegnato dalla controversa questione della *Prorogation* del Parlamento, fino alla risolutiva sentenza della Corte Suprema, rappresentano solo l’ultimo episodio in ordine di tempo di una lunga serie di vicissitudini che promette di non essersi esaurita: uno snodo che per caratteristiche e intensità del conflitto merita un doveroso approfondimento.

All’indomani della sentenza il Regno Unito si trova ad un passo dalla scadenza del 31 ottobre e la strategia perdente di Boris Johnson non ha fatto altro che bruciare un mese di tempo prezioso, avvicinando così la prospettiva spettrale del *no deal*, peraltro, come è noto, non esclusa né invisita al Primo Ministro. Naturalmente in questo momento nessun commentatore esterno ai palazzi che contano può sapere con certezza a che punto si trovi il negoziato con la UE, giustamente coperto da una coltre di necessaria riservatezza a salvaguardia di un confronto che va ben al di là delle dichiarazioni di facciata. Forse il solo punto chiaro a tutti è che l’unico vero scoglio sulla strada di un nuovo e definitivo accordo è l’eterna *Irish Border question*, una sorta di impossibile (?) quadratura del cerchio, emblema della superficialità e impreparazione con cui la classe politica britannica ha trattato i problemi

aperti con la vittoria del *Leave* in quell'ormai lontano 23 giugno 2016. Ma l'insufficienza politica di cui soffre la soluzione del *Backstop*, bocciata per ben tre volte dal Parlamento, in realtà nasconde un problema più ampio relativo al complesso dei rapporti che dovranno intercorrere tra Regno Unito, Repubblica di Irlanda e continente europeo e dunque appare difficile trovare una soluzione definitiva in così poco tempo. In questo momento il massimo risultato possibile potrebbe consistere in una rivisitazione del periodo transitorio e in una più chiara previsione di cosa accadrebbe al termine della transizione nel caso in cui nel frattempo non si sia trovata una soluzione definitiva.

2. – L'ascesa alla premiership di Boris Johnson ha costituito un fattore decisivo di cambiamento nel percorso di questa tormentata vicenda. Infatti, fino al verificarsi di quella svolta, il Governo era sempre stato guidato ed egemonizzato dai Conservatori euroscettici. David Cameron non era certo un europeista ma un degno erede della visione thatcheriana che intendeva l'Europa elusivamente come uno spazio economico comune, dentro cui la Gran Bretagna avrebbe dovuto rimanere finché le fosse stato utile sul piano commerciale e finanziario, ma senza perdere ulteriori quote di sovranità e restando fuori da ogni progetto di integrazione monetaria e politica. Questo era proprio il significato profondo dell'*Agreement* stipulato con Tusk nel febbraio del 2016, carico di vantaggi per UK come mai era accaduto prima. Poi, una campagna fredda e incolore, condotta da un Premier incapace di comunicare correttamente quei vantaggi all'elettorato, favorisce la vittoria del *Leave* e di quella parte della classe politica apertamente e aprioristicamente contraria alla permanenza nella UE, dichiaratamente conservatrice ma attraversata anche da frange di matrice laburista a loro volta eredi di una tradizione antieuropea che aveva già tentato di manifestarsi nel referendum sulla Cee del 1975.

Le dimissioni di Cameron aprono la sfida per la leadership Tory e dalle divisioni interne al partito scaturisce la figura di Theresa May, unico punto di equilibrio possibile in quella fase. La May era portatrice sostanzialmente della stessa visione di Cameron ma ora, pur da euroscettica *Remainer*, si trova a dover gestire dapprima l'attivazione dell'art. 50 TUE, con tutte le note implicazioni anche di carattere giurisdizionale, e poi il negoziato con la UE. Pur dopo molti mesi e notevoli errori, come per esempio la *snap election* della primavera del 2017, riesce a far approvare in Parlamento lo *European Union Withdrawal Act 2018*, con cui l'ordinamento si dotava degli strumenti tecnico-giuridici per un adeguamento ordinato e indolore alla fuoriuscita dal diritto eurounitario, e soprattutto, a novembre 2018, a stipulare un *Withdrawal Agreement* con l'Unione Europea, non tanto un accordo per definire i termini complessivi della Brexit, quanto piuttosto un punto di incontro su come gestire il periodo di transizione fino al 31 dicembre 2020. Se Cameron era stato battuto dal rifiuto del Corpo elettorale, la May viene sconfitta da una inedita

alleanza tra Tory Brexiteers, Conservatori filo-europeisti, Laburisti in cerca di rivincite e, infine, Remainers LibDem e Scozzesi. Insomma, un fronte ampio e variegato, che pone in netta minoranza l'anima "centrista" dei Tory che, appunto, aveva guidato il Paese dall'inizio di tutta questa vicenda.

Ebbene, dopo il fallimento e le dimissioni della May non poteva che verificarsi un cambio radicale negli equilibri interni al partito di maggioranza relativa e inevitabilmente il *Tory Contest* per la leadership viene vinto in scioltezza da Boris Johnson. Il cambio di paradigma è compiuto e si verificano alcune "prime volte" che peseranno fortemente sugli avvenimenti delle settimane successive: a Downing Street c'è un *Leaver*, anzi il leader dei *Leavers*; l'Unione Europea si trova di fronte un avversario ideologico e non più un premier pragmatico in cerca di soluzioni; la prospettiva del *no deal* non è esclusa dal Governo ma espressamente contemplata nel novero degli esiti possibili; ciò che il Primo Ministro esclude è invece l'ipotesi di chiedere un ulteriore *delay* rispetto alla scadenza del 31 ottobre: una posizione coerente con l'accettazione del *no deal* come soluzione praticabile.

3. – Questo è il contesto in cui matura nel nuovo Primo Ministro l'idea della *Prorogation*. Johnson sa bene che ai Comuni, nella legislatura in corso, si sovrappongono due maggioranze distinte: quella che sostiene il Governo, formata dal Partito conservatore con l'appoggio degli Unionisti del Dup, e quella trasversale sulla Brexit, che non si spinge fino a bloccare l'esito ma che opera attivamente per impedire, di volta in volta, il *no deal*. La presenza di entrambe le maggioranze nello stesso Parlamento è resa possibile dal fatto che la pattuglia dei Conservatori filo-europeisti vota a sostegno del Governo quando è messo in pericolo da una mozione di sfiducia, come nel caso di quella presentata da Corbyn nel gennaio 2019, ma partecipa a tutte le iniziative parlamentari volte ad imporre al Primo Ministro di concordare una dilazione della data della Brexit in assenza di un accordo, come per esempio con il *EU Withdrawal Act 2019*, approvato all'inizio di aprile.

Ebbene, di fronte a queste difficoltà, Johnson non trova di meglio che elaborare una strategia per emarginare il Parlamento e sedersi al tavolo dell'ultimo round di trattative con i negoziatori della UE avendo le mani libere e una agibilità piena e incondizionata. In questo modo pensa di avere un maggiore potere contrattuale proprio perché non esclude il *no deal*. Per implementare la sua strategia ritiene di avere a disposizione uno strumento giuridico molto efficace: la *Prorogation* dell'inizio della successiva sessione parlamentare, con il suo spostamento dal 10 settembre al 14 ottobre. All'indomani delle elezioni del 2017 il Governo aveva deciso che, in virtù dell'impegno straordinario causato dalla Brexit, la sessione parlamentare non sarebbe durata un anno, come avviene di solito, bensì più di due, e si sarebbe conclusa pochi giorni dopo la ripresa dell'attività al termine del *summer recess*, cioè il 9 settembre 2019. Il giorno seguente avrebbe dovuto aprirsi quella

successiva, come di consueto con il Discorso della Regina. Allora Boris Johnson, alla fine di agosto, mentre il Parlamento è ancora in *recess* per la pausa estiva, chiede al Sovrano di accettare la richiesta di *Prorogation* adducendo, come ragione di facciata, il fatto di essere diventato Primo Ministro da poco e di avere bisogno di tempo per precisare il suo programma e trasferirlo nel testo del *Queen's Speech*. Dunque, il 28 agosto, presso la residenza di Balmoral si riunisce il *Privy Council* della Regina che delibera quanto segue: «It is this day ordered by Her Majesty in Council that the Parliament be prorogued on a day no earlier than Monday the 9th day of September and no later than Thursday the 12th day of September 2019 to Monday the 14th day of October 2019, to be then holden for the despatch of divers urgent and important affairs, and that the Right Honourable the Lord High Chancellor of Great Britain do cause a Commission to be prepared and issued in the usual manner for proroguing the Parliament accordingly».

La *Prorogation* è una antica consuetudine che fa parte delle prerogative del Sovrano e trova anche una menzione all'art. 6, comma 1, del *Fixed-term Parliaments Act 2011*. La mera forma prevede una decisione della Corona su *advice* del *Privy Council*, ma ovviamente la sostanza consiste in un *advice* del Primo Ministro a cui la Regina non può sottrarsi nemmeno se lo ritiene infondato, pena un suo inopportuno ingresso nell'arena politica. L'unico caso dubbio, su cui vi è una certa divisione anche in dottrina, è quello di una eventuale richiesta proveniente da un Primo Ministro che non gode più della fiducia del Parlamento. Ma non era certo questo il caso.

XIV

---

Normalmente la *Prorogation* non comporta grossi problemi sul piano costituzionale, sia perché viene applicata per ragioni pratiche e organizzative come, per esempio, consentire ai parlamentari di svolgere agevolmente una campagna elettorale senza stazionare a Londra tutta la settimana, sia perché ha una durata molto limitata e strettamente collegata al permanere dei motivi che l'hanno indotta. Ma la *Prorogation* di Johnson si segnala per due aspetti specifici, strettamente intrecciati, e che da subito suscitano vivaci discussioni in dottrina (si veda, per esempio, la lunga serie di post sul Blog della UKCLA provenienti dal mondo accademico), provocano l'immediata sollevazione di tre casi giudiziari (a Edimburgo, Londra e Belfast) e innescano la fulminea reazione del Parlamento: l'abnorme durata di cinque settimane, del tutto eccessiva per gli standard consueti e resa necessaria dalle discutibili motivazioni di strategia politica del Primo Ministro, ripetutamente negate ma in realtà più che palesi (come poi rileverà anche la Corte Suprema).

Mentre i procedimenti giudiziari iniziavano il loro iter che sfocerà poi nella sentenza della Corte Suprema, il Parlamento riprende la sua attività il 3 settembre e sa di avere a disposizione meno di una settimana per opporsi al piano strategico di Johnson. Per cui il fronte parlamentare anti-*no deal*, dopo avere inferto una serie di sonore sconfitte al Governo in una memorabile battaglia procedurale, avvia subito l'esame del *Benn Bill*, il progetto di legge

per forzare il Governo in tal senso, introdotto appunto dal deputato laburista Hilary Benn. L'iter è velocissimo: in settimana si conclude l'esame parlamentare e il 9 settembre la legge ottiene il *Royal Assent* e viene denominata *EU Withdrawal (n. 2) Act 2019*. Il testo prevede che se entro il 19 ottobre 2019 il Parlamento non avrà ancora approvato, con un *meaningful vote* dei Comuni, un accordo di fuoriuscita, sottopostogli dal Governo dopo averlo concordato con la UE, il Primo Ministro dovrà inviare una lettera, il cui testo è perfino scritto in un allegato pubblicato in calce all'articolato della legge, al Presidente del Consiglio Europeo per chiedere un'estensione dell'art. 50 del TUE fino al 31 gennaio 2020. In caso di concessione della proroga il Secretary of State for the Exiting European Union sarà tenuto a presentare un report in Parlamento sull'andamento dei negoziati entro il 30 novembre 2019, su cui verrà votata una mozione che, se respinta o emendata, costringerà lo stesso ministro a pubblicare un ulteriore report di aggiornamento entro il successivo 10 gennaio. Inoltre, a partire dal 7 febbraio 2020 il Secretary of State dovrà presentare al Parlamento un report ogni 28 giorni fino a quando non sarà stato raggiunto l'accordo definitivo con la UE. Infine, la legge modifica il *EU Withdrawal Act 2018* nella parte in cui prevedeva che il Governo *potesse* modificare la data di uscita con uno *statutory instrument*, disponendo che da ora *dovrà* farlo.

Insomma, un articolato che non è mirato a interrompere il percorso della Brexit, ma che si prefigge di imporre in modo stringente al Governo di spostare sempre più in avanti la data di fuoriuscita in caso di mancato accordo, proprio per scongiurare la prospettiva del *no deal*.

Di fronte alla volontà della maggior parte dei membri dei Comuni, Johnson prova senza successo a sparigliare le carte presentando, a pochi giorni di distanza l'una dall'altra, ben due mozioni di scioglimento del Parlamento, che ai sensi del *Fixed-term Parliaments Act 2011* deve essere approvata con i due terzi dei voti, una soglia irraggiungibile da parte dell'attuale Esecutivo. Allora, incassate le sconfitte, il Primo Ministro lascia circolare la voce che non sarebbe intenzionato nemmeno a firmare la lettera prevista dalla legge per chiedere il *delay*: un'ipotesi di per sé molto grave, ma che alla luce della sentenza della Corte Suprema appare ancor più illegittima e foriera di conseguenze giuridiche per colui che dovesse metterla in atto.

4. – Come detto, l'applicazione della *Prorogation* era stata immediatamente seguita dalla presentazione di tre ricorsi presso altrettante corti di giustizia del Regno. È interessante notare come a Londra e a Belfast alcuni dei ricorrenti fossero gli stessi che avevano dato vita alle vertenze giudiziarie da cui era scaturita la celebre sentenza della Corte Suprema n. 5 del 2017, rispettivamente la famosa Gina Miller e Raymond McCord, padre di un attivista del fronte cattolico ucciso durante i *Troubles*: un segno di continuità nella tormentata vicenda Brexit che si propone come una sorta di

tragicommedia teatrale in cui gli attori entrano ed escono dalla scena. Poi vi erano molti esponenti politici, come alcuni parlamentari scozzesi nella causa incardinata a Edimburgo e l'ex Primo Ministro John Major accanto alla Miller a Londra.

Ebbene, premesso che l'Atto del *Privy Council*, traducendo in forma giuridica una determinazione della Regina nell'esercizio di una sua prerogativa esclusiva, non può essere direttamente oggetto di giudizio presso un tribunale, il terreno d'attacco comune a tutti questi ricorsi era la richiesta di considerare come *unlawful* l'*advice* di Boris Johnson e, di conseguenza (ma solo di conseguenza), dichiarare la *Prorogation* che aveva innescato come viziata da questa illegittimità originaria. Tutti i giudici di primo grado, però, rigettano i rispettivi ricorsi ritenendo che la questione abbia una mera natura politica e quindi non presenti gli standard necessari per una sua *justiciability*.

Ma la Court of Session di Edimburgo, in sede di appello, ribalta il verdetto rilevando come fosse chiara la volontà del Governo di tacitare il Parlamento in quelle delicate settimane e poiché la funzione di controllo del Parlamento sul Governo è un principio cardine del diritto costituzionale britannico, essenziale allo sviluppo della democrazia e al rispetto della *rule of law*, è compito dei giudici sanzionare come illegittima la richiesta del Primo Ministro e, dunque, da considerare nulla e priva di effetti la *Prorogation* stessa.

Verso la metà di settembre giungono alla Corte Suprema del Regno Unito due ricorsi di segno opposto, che comunque la Corte riunisce in un unico giudizio. Contro la sentenza della High Court of Justice (England and Wales) un ricorso di Gina Miller nei confronti del Primo Ministro; un ricorso dell'Advocate General for Scotland avverso la sentenza della Inner Court of the Court of Session (Scotland); mentre la causa nord-irlandese si arena di fronte ai giudici di Belfast.

La Corte Suprema programma tre giorni di udienza tra il 17 e il 19 settembre, e martedì 24 emette la sentenza n. 41 del 2019 [*R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent); Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*] (denominata in dottrina anche *Cherry/Miller (No 2)*), per segnalare una sorta di linea di continuità soggettiva e oggettiva con la sentenza del 2017), una pronuncia già di importanza storica per il rilievo del giudicato e la forza delle argomentazioni con cui la Corte ha deciso il caso.

La netta e inequivocabile condanna dell'azione del Governo segue un percorso argomentativo che prende le mosse dallo snodo principale di tutta la questione, pregiudiziale a ogni successiva considerazione: stabilire se siamo di fronte ad una *matter of law* o ad una *matter of politics*. Nei giorni immediatamente precedenti alla sentenza la dottrina non si era espressa in maniera univoca su questo punto. Per esempio, se, da una parte, Stephen Tierney ebbe a definirla come una questione di sovranità, sostenendo che «we need to categorise certain prerogative powers (including the prorogation

power) as the ‘prerogatives of sovereignty’ which capture the legal dimension of sovereignty within our constitution. These prerogatives of sovereignty are fundamental to the relationship between Crown and Parliament, and to the doctrine of supremacy which flows from it» (cfr. *Prorogation and the Courts: A Question of Sovereignty*, in *UKCLA Blog*, 17 Settembre 2019), dall'altra, Mark Elliott si schierava a favore della prima lettura, affermando che «the non-justiciability doctrine has no relevant application – and the suggestion by the Divisional Court that the “political” nature of the issue shields it from judicial review is entirely wide of the mark. Whether the Supreme Court will be prepared to treat the matters before it as justiciable remains to be seen, but there is no good legal reason for treating them as non-justiciable» (cfr. *Prorogation and justiciability: Some thoughts ahead of the Cherry/Miller (No 2) case in the Supreme Court*, in *Public Law for Everyone*, 13 Settembre 2019).

La Corte Suprema, invece, assume una posizione talmente ferma da non lasciare spazio ad equivoci: si tratta di una questione giuridica, non meramente politica, e pertanto giustiziabile da una corte. Le sue argomentazioni procedono per gradi chiarendo innanzitutto che la *Prorogation* rientra nei *prerogative powers* del sovrano e che, poiché è opinione comune che quest'ultimo non possa rifiutarsi di dar corso all'*advice*, il Primo ministro deve operare con un alto senso di responsabilità costituzionale e tenendo conto di tutti gli interessi in gioco, compresi quelli del Parlamento. Inoltre, il fatto che nella vicenda siano coinvolti comportamenti di esponenti politici di per sé non esclude la sua conoscibilità da parte dei giudici, e lo stesso dicasi per il fatto che nella forma di governo del Regno Unito l'Esecutivo risponde al Parlamento. E ancora, la *justiciability* di questo atto non contrasta affatto con il disegno della separazione dei poteri determinato dalla Costituzione poiché la Corte stessa, con l'esercizio delle sue funzioni, è parte integrante di questo assetto costituzionale.

Assunte tali doverose premesse, la Corte chiarisce che la questione che ha di fronte non investe l'esistenza di questa prerogativa o la sua estensione. In discussione vi sono i limiti all'esercizio del potere di *advice* del Primo Ministro e non vi è dubbio che questi limiti costituiscano «by definition questions of law. Under the separation of powers, it is the function of the courts to determine them» (par. 36). Dunque, conclude la Corte su questo punto, «That is what the court will be doing in this case by applying the legal standard which we have described [...] An issue which can be resolved by the application of that standard is by definition one which concerns the extent of the power to prorogue, and is therefore justiciable» (par. 52).

Chiarito il punto pregiudiziale, la Corte passa all'esame delle specifiche caratteristiche di questa *Prorogation*, o meglio del concreto esercizio del potere di *advice* messo in atto dal Primo Ministro Boris Johnson. Ebbene, da questo punto di vista la Corte afferma che sono in gioco i due principi cardine della forma di governo britannica: *Parliamentary sovereignty* e *Parliamentary*

*accountability*. Il rilievo cruciale assunto nel corso dei secoli da questi due capisaldi del modello Westminster esclude la legittimità costituzionale di un'azione del Governo chiaramente volta ad escludere il Parlamento dall'esercizio delle sue funzioni perché potenzialmente contrastante con l'indirizzo politico dell'Esecutivo. Le motivazioni reali che hanno spinto il Primo Ministro a richiedere la *Prorogation* e la lunga durata della sua applicazione, connessa appunto alle ragioni di fondo della strategia governativa, rendono *unlawful* e privo di effetti l'*advice* di Johnson, caratteristiche che inevitabilmente si riflettono sull'*Order in Council* che la Regina è stata messa nelle condizioni di dover adottare.

Pertanto, il collegio, all'unanimità dei suoi 11 membri, sancisce che la *Prorogation* è nulla, cioè da considerare priva di effetti a partire dal *dies a quo*, e che le Camere possono essere riconvocate immediatamente dai rispettivi Speaker, come poi è effettivamente avvenuto.

5. – Dunque, ancora una volta la Corte Suprema pronuncia una sentenza articolata, emessa in tempi estremamente celeri ma attentamente argomentata, le cui conseguenze debbono essere esaminate su due piani distinti: quello relativo allo sviluppo della vicenda Brexit e quello, più generale, dell'interpretazione del diritto costituzionale britannico.

Su quest'ultimo versante, non vi è dubbio che, sulla scia della prima sentenza Miller, la Corte Suprema stia procedendo come una Corte costituzionale chiamata ad una ridefinizione dei confini tra organi costituzionali e, in senso lato, tra diritto e politica. Per svolgere questo ruolo, rivolge sempre lo sguardo ai tradizionali principi della British Constitution, dalla difesa della *rule of law* alla riaffermazione delle colonne portanti del Westminster Model. Insomma, ancora una volta, si conferma il ruolo della Corte Suprema come arbitro dei conflitti costituzionali e come organo imprescindibile per la custodia degli equilibri della Costituzione britannica. Una prospettiva che ovviamente non può che condizionare l'intero sistema dei poteri, con una pervasività mai raggiunta in passato.

Per quanto riguarda, invece, i molteplici profili specificamente riconducibili alla Brexit, la sentenza si propone come un colpo molto duro alla credibilità politica del Governo, alle sue spericolate strategie, ai sotterfugi per condurre il Paese fuori dalla UE il 31 di ottobre, comunque e a qualunque costo, accettando perfino i danni epocali che oggettivamente sarebbero prodotti dal *no deal*. Theresa May aveva commesso l'errore di tenere per troppo tempo il Parlamento ai margini del negoziato con la UE, riuscendo a capire solo alla fine, di fronte ad una imbarazzante serie di votazioni pesantemente negative che le sono costate le dimissioni, quanto avrebbe fatto meglio a consentire un maggiore coinvolgimento dei Comuni nella ricerca di un accordo con le istituzioni europee. La premiership di Johnson, invece, si è caratterizzata fin da subito come una sfida continua al Parlamento, dapprima



solo con dichiarazioni roboanti, ma successivamente con la *Prorogation*, la battaglia procedurale sul *Benn Act*, la presentazione delle due mozioni di “autoscioglimento” del Parlamento, nonché la provocatoria e reiterata richiesta alle opposizioni di presentare una *motion of no confidence* nei confronti del Governo. Tutte sfide finite con brucianti sconfitte ma, poiché a questo uomo politico non fa certamente difetto la tenacia, è probabile che prima della sentenza Johnson stesse coltivando l’idea di un affronto finale e definitivo: rifiutarsi di firmare la lettera di richiesta di *delay*, espressamente prevista, come ricordato in precedenza, proprio dal *Benn Act*, provocando così, di fatto, il *no deal*. Ecco, è auspicabile che i contenuti e il tono perentorio della sentenza riescano a dissuaderlo dal compiere un tale strappo costituzionale, sia perché è ormai pacifico che verrebbe sottoposto, probabilmente con successo, al vaglio dei giudici, ma anche perché potrebbe perfino comportare serie conseguenze di natura giurisdizionale, coinvolgenti la responsabilità personale del Primo Ministro. È auspicabile che almeno questo frutto avvelenato della Brexit rimanga nel vaso di Pandora.



# Saggi



# Big data, algoritmi e diritto

di *Fernanda Faini*

**Abstract: Big data, algorithms and law** – Data form our digital identities and are the foundation of every activity carried out online, constituting the basis on which the digital society stands. In the light of the European Union legal acts of reference, the contribution, after analyzing the big data, examines the emerging ethical-social questions and the legal issues involved, relating to ownership, responsibility, competition, rights protection and personal data protection. In consideration of the critical issues, the contribution outlines the principles and legal instruments suitable for achieving an ethical and legal governance of big data, firmly based on transparency, openness and collective control.

**Keywords:** Big data; Algorithms; Transparency; Ethics; Law.

## 1. Big data e algoritmi: il *framework* giuridico europeo

La società contemporanea poggia sulla pervasiva centralità dei dati quali risorse essenziali per lo sviluppo umano sotto i profili economico, sociale e culturale, “materia prima” di cui si nutre la tecnologia<sup>1</sup>. Le identità personali e le attività umane trovano fondamento in una moltitudine di dati, che, animati da potenti algoritmi, formano il nostro mondo digitale. La società odierna, infatti, tende a convertire i fenomeni e, più ampiamente, l’intera realtà in dati e a produrre *big data* analizzabili da algoritmi, capaci di generare valore proprio grazie all’elaborazione di enormi quantità di dati eterogenei<sup>2</sup>.

In tale contesto di riferimento, pertanto, elementi privilegiati per osservare la nostra realtà sono costituiti dalle configurazioni odierne assunte dai dati, i *big data*, e dagli algoritmi, protagonisti indiscussi dell’evoluzione della conoscenza in senso dinamico e “attivo”.

Al fine di esaminare le questioni che incontra il diritto nel momento in cui è chiamato ad affrontare *big data* e algoritmi, è necessario analizzare le caratteristiche specifiche di tali fenomeni e i mutamenti che inducono nel modo stesso di osservare la realtà da parte dell’uomo e, in specifico, del giurista.

I *big data* sono enormi volumi di dati detenuti da grandi organizzazioni come governi e multinazionali, provenienti da diverse fonti e analizzati per

---

<sup>1</sup> M. Castells, *The rise of the Network society*, Oxford, 2000.

<sup>2</sup> Cfr. V. Mayer-Schönberger, K. Cukier, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e che già minaccia la nostra libertà*, trad. it., Milano, 2013, 103 ss.; C. Accoto, *Il mondo dato. Cinque brevi riflessioni di filosofia digitale*, Milano, 2017, 1 ss.

mezzo di algoritmi e specifiche tecniche quali *data mining*, *big data analytics*, *machine learning*<sup>3</sup>. Si tratta di dati forniti volontariamente dagli utenti alle piattaforme digitali; dati “scambiati” a fronte di utilità (raccolte punti, sconti); dati forniti in modo più o meno consapevole (GPS, sensori); dati residui (*data exhaust*) o inferiti da altri dati; dati raccolti dai soggetti pubblici; i dati dell’*Internet of Things* (IoT), come quelli prodotti da dispositivi indossabili, “case intelligenti”, automobili autonome<sup>4</sup>; i dati su cui si basano le soluzioni di intelligenza artificiale<sup>5</sup>.

Gli algoritmi sono capaci di strutturare le informazioni e automatizzare i processi<sup>6</sup>: i *big data* sono caratterizzati dalla varietà, dal volume e dalla velocità, che sottende la rilevanza del tempo e della dinamicità<sup>7</sup>. Accanto a queste dimensioni, sono considerate caratteristiche dei *big data* anche il valore (quanto i *big data* valgono come insieme) e la veracità o veridicità (la qualità e l’accuratezza dell’analisi)<sup>8</sup>.

Gli algoritmi si affidano alle correlazioni e alle inferenze e poggiano sulla probabilità, portando gli uomini che se ne servono a rinunciare alle ipotesi predeterminate e alla ricerca dei nessi di causalità. In altri termini, si presta attenzione alle correlazioni che emergono dalle analisi sui dati, senza che siano necessariamente predefiniti l’oggetto di indagine e gli obiettivi perseguiti<sup>9</sup>.

L’interesse rivolto ai *big data* si collega strettamente alle caratteristiche che li connotano e a ciò che permettono di ottenere. La conoscenza che *big data* e algoritmi permettono di raggiungere sui fenomeni oggetto di osservazione, infatti, non riguarda solo il passato e il presente, ma anche il futuro, per mezzo di una vera e propria capacità predittiva: elevate correlazioni sono capaci di indicare

<sup>3</sup> Cfr. S. Faro, N. Lettieri, *Big Data: una lettura informatico-giuridica*, in L. Lombardi Vallauri (a cura di), *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, vol. I, 2016, 503 ss.

<sup>4</sup> Per un’analisi dei veicoli autonomi cfr. S. Scagliarini (a cura di), *Smart roads e driverless cars: tra diritto, tecnologia, etica pubblica*, Torino, 2019.

<sup>5</sup> Al riguardo, di recente, E. Ancona (a cura di), *Soggettività, responsabilità, normatività 4.0. Profili filosofico-giuridici dell’intelligenza artificiale*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 1, 2019, 81-142 e A. D’Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale (contributi del Convegno su “Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo”, Parma, 12 ottobre 2018)*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 3-182.

<sup>6</sup> D. Cardon, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Milano, 2016, 5.

<sup>7</sup> La varietà riguarda l’eterogeneità della tipologia e dei formati dei dati, provenienti da fonti diverse; il volume si riferisce alla capacità di acquisire, memorizzare, accedere ed elaborare enormi quantità di dati; la velocità indica la capacità di acquisizione e analisi in tempo reale o ad “alta velocità”.

<sup>8</sup> Sul tema dei *big data* cfr., *inter alia*, G. Della Morte, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018; V. Morente Parra, *Big data o el arte de analizar datos masivos. Una reflexión crítica desde los derechos fundamentales*, in *Derechos y Libertades*, 41, 2019, 225-260; A.C. Amato Mangiameli, *Algoritmi e big data. Dalla carta sulla robotica*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 1, 2019, 107-124; M. Delmastro, A. Nicita, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019 e sia consentito il rinvio a F. Faini, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell’era digitale*, Milano, 2019.

<sup>9</sup> Cfr. A. Mantelero, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1, 2012, 135-144; G. Sartor, M. Viola De Azevedo Cunha, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 4-5, 2014, 657-680.

alte probabilità, che permettono di fare previsioni su quello che sarà.

Di conseguenza le analisi sui *big data* permettono di estrarre preziosa conoscenza sulla realtà di riferimento e, in specifico, consentono di interpretare bisogni, profilare utenti, ottimizzare la produzione, ma anche di effettuare previsioni sui consumi, indicare preventivamente l'usura di infrastrutture e prevenire disastri, migliorare diagnosi e cure, orientare decisioni politiche<sup>10</sup>.

In modo evidente l'utilizzo della conoscenza e delle previsioni risponde sia alla tutela di interessi generali, alla cui realizzazione sono ontologicamente orientati i soggetti pubblici, che alla realizzazione di vantaggi economici cui sono diretti i soggetti privati, in particolare multinazionali e imprese<sup>11</sup>. Di conseguenza, è intuitivo l'interesse che il fenomeno dei *big data* ha suscitato.

In tale contesto, gli ordinamenti giuridici sono tenuti al difficile compito di regolare tale "diluvio" di dati che caratterizza la contemporaneità e, in particolare, il diritto è chiamato a disciplinare i *big data*, al fine di tutelare i diritti dei singoli e della collettività<sup>12</sup>.

Nonostante tale esigenza, nell'ordinamento giuridico europeo non è presente una regolazione esplicita dei *big data*, ma al riguardo rilevano due regolamenti complementari, che costituiscono il *framework* giuridico di riferimento per la circolazione libera e sicura dei dati nell'Unione europea: il regolamento europeo 2016/679 sulla protezione dei dati personali e il regolamento europeo 2018/1807 sulla libera circolazione dei dati non personali.

La distinzione tra i due regolamenti poggia sulla parallela distinzione tra i dati oggetto della disciplina europea, ossia dati personali e dati non personali.

Il regolamento (UE) 2016/679, relativo alla protezione dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, è teso a rendere omogenea ed efficace la tutela della persona, rafforzando la correlata fiducia da parte della collettività. Seppur il regolamento europeo non tratti esplicitamente i *big data*<sup>13</sup>, sembra consapevole dell'esistenza e delle correlate criticità: anche alla loro gestione si attagliano alcuni principi innovativi della disciplina, che mirano a un approccio proattivo e a una ponderazione preventiva dell'impatto e dei rischi sulla *data*

---

<sup>10</sup> Cfr., *inter alia*, D. De Pasquale, *La linea sottile tra manipolazione della rete e pubblicità*, in *Il Diritto industriale*, 6, 2012, 552 ss.; A. Mantelero, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, cit., 138-139.

<sup>11</sup> Cfr. M. Orefice, *I big data. Regole e concorrenza*, in *Politica del diritto*, 4, 2016, 706 ss.; G. Colangelo, *Big data, piattaforme e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2016, 426.

<sup>12</sup> Sulle sfide poste alla scienza giuridica da parte delle tecnologie informatiche cfr. T. Casadei, *Presentazione. Nodi della rete e forme di regolazione*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2017, 7-14; E. Maestri, *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015; F. De Vanna, *Diritto e nuove tecnologie: il nodo (controverso) della regolazione giuridica*, in *Lo Stato*, 11, 2018, 387-401. Per una trattazione dei rapporti tra diritto e tecnologie sia consentito il rinvio a F. Faini, S. Pietropaoli, *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Torino, 2017.

<sup>13</sup> Cfr. l'Opinion 8/2016 «*on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*», adottata il 23 settembre 2016 dall'European Data Protection Supervisor (EDPS) e le «*Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*», adottate il 23 gennaio 2017 dal Comitato consultivo della Convenzione n. 108 del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale.

*protection*, che saranno successivamente esaminati<sup>14</sup>.

In modo complementare, il regolamento (UE) 2018/1807 sulla libera circolazione dei dati non personali è teso a sfruttare le opportunità dell'economia basata sui dati, nella quale si collocano gli stessi *big data*. Nel rispetto dei diritti fondamentali, il regolamento prevede una serie di strumenti idonei a garantire la libera circolazione dei dati diversi dai dati personali e a migliorare la certezza giuridica e il livello di fiducia, avvalendosi anche della flessibilità necessaria a mantenerne l'efficacia nel tempo, quali il superamento degli obblighi di localizzazione dei dati, la portabilità dei dati non personali e l'autoregolamentazione affidata a codici di condotta.

Sull'interazione tra i due regolamenti rileva la comunicazione della Commissione europea «*Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union*» del 29 maggio 2019, seppur sia un atto esclusivamente a titolo informativo, che per espressa dichiarazione non contiene alcuna interpretazione autorevole. Tali linee guida sono state adottate in conformità alle previsioni dell'art. 8, paragrafo 3, del regolamento europeo 2018/1807, che impone alla Commissione di pubblicare orientamenti sull'interazione tra i due regolamenti europei «in particolare per quanto concerne gli insiemi di dati composti sia da dati personali che da dati non personali». Le linee guida, al riguardo, sono consapevoli del fatto che gli insiemi di dati misti siano ricorrenti nella maggior parte delle situazioni della vita reale, soprattutto a seguito degli sviluppi dell'*Internet of Things* e dell'intelligenza artificiale.

Nel caso dei *big data* i dati sono di tipologia eterogenea e provengono da fonti diverse; di conseguenza, gli insiemi di dati misti rilevano particolarmente per l'oggetto di tale analisi, dal momento che, di norma, i *big data* avranno questa connotazione.

Nei casi in cui i dati personali e i dati non personali siano indissolubilmente legati, il regolamento (UE) 2018/1807 lascia impregiudicata l'applicazione del regolamento (UE) 2016/679<sup>15</sup>: secondo le linee guida, tale disposizione si traduce nell'applicazione piena del regolamento (UE) 2016/679 all'insieme di dati misti, anche quando i dati personali rappresentano soltanto una piccola parte dell'insieme dei dati. Laddove, invece, non siano indissolubilmente legati, il regolamento europeo 2018/1807 si applica alla parte dell'insieme contenente i dati non personali e, parallelamente, il regolamento europeo 2016/679 si applica alla parte dell'insieme contenente i dati personali.

Le disposizioni e le linee guida in tal modo chiariscono l'ambito di applicazione oggettivo dei rispettivi regolamenti europei nel caso di insieme di dati misti, connotazione che attiene anche al mondo dei *big data*.

---

<sup>14</sup> Cfr. G. Finocchiaro, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 1, 2017, 1-18.

<sup>15</sup> Art. 2, paragrafo 2, reg. (UE) 2018/1807. Il concetto di "indissolubilmente legati" non è definito dai regolamenti europei, ma può essere ravvisato nelle situazioni in cui separare dati personali e dati non personali sia impossibile o ritenuto dal titolare del trattamento economicamente inefficiente o non tecnicamente realizzabile.



Di conseguenza, i *big data* sono senza dubbio toccati dai regolamenti europei sulla circolazione dei dati non personali e sulla protezione dei dati personali e, altresì, dalle linee guida, seppur rimangono sostanzialmente privi di regolazione esplicita, tranne nel caso di specifici aspetti, come quello appena esaminato afferente agli insiemi di dati misti. Ma anche sotto tale profilo l'indicazione normativa può non risultare concretamente risolutiva a causa della difficile applicazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali ai *big data*, come sarà approfondito in seguito.

Nel caso dei *big data*, peraltro, il compito cui è chiamato il diritto è particolarmente complesso in considerazione proprio del funzionamento degli algoritmi, che evidenziano sotto diversi profili il contrasto ontologico con il modo di vedere la realtà da parte dei giuristi<sup>16</sup>. Seppur con una certa semplificazione, è possibile osservare che gli algoritmi prediligono un metodo descrittivo che si differenzia dal carattere prescrittivo tipico del diritto e, più ampiamente, gli algoritmi sono fondati su metodologie deterministiche, che si basano su fenomeni, circostanze oggettive, correlazioni e probabilità che rischiano di inficiare le scelte individuali e la libera volontà, su cui tipicamente poggiano gli ordinamenti giuridici democratici e la correlata regolazione<sup>17</sup>.

In tale contrasto ontologico, il diritto si trova ad affrontare complesse questioni etico-sociali ed eterogenee problematiche giuridiche.

## 2. Aspetti etici e sociali

1873

In primo luogo, è opportuno volgere lo sguardo alle questioni etiche e sociali che i *big data* sono capaci di sollevare, dal momento che tali aspetti si traducono in un possibile *vulnus* per i principi e i valori fondamentali cui il diritto si ispira.

La gestione di dati e algoritmi deve rispettare i principi dell'ordinamento, tra cui la dignità, il pieno sviluppo della persona, l'eguaglianza e la non discriminazione e, in ambito pubblico, il buon andamento dell'amministrazione pubblica fondato su imparzialità, trasparenza, pubblicità, economicità ed efficacia.

Proprio in relazione alla pubblica amministrazione sono particolarmente significative le prime interessanti sentenze amministrative relative all'utilizzo in ambito pubblico di algoritmi forieri di decisioni discutibili circa l'assegnazione della sede nei procedimenti di mobilità dei docenti nella scuola<sup>18</sup>. Tra queste, anche per le sentenze che ritengono ammissibile e legittimo l'utilizzo degli algoritmi in ambito pubblico, questi devono rispettare i principi generali dell'attività amministrativa, quali trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità, devono essere conoscibili e soggetti alla cognizione, al sindacato e alla

---

<sup>16</sup> Al riguardo L. Avitabile, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 8, 2017; A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale: révolution graphique et rupture anthropologique*, Parigi, 2018.

<sup>17</sup> Cfr. V. Zeno-Zencovich, G. Giannone Codiglione, *Ten legal perspectives on the "Big data revolution"*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, 49 ss.

<sup>18</sup> TAR Lazio, Sezione III bis, 22 marzo 2017, n. 3769; TAR Lazio, Sezione III bis, 10 settembre 2018, n. 9224; TAR Lazio, Sez. III bis, 27 maggio 2019, n. 6606; Consiglio di Stato, Sezione VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

valutazione da parte del giudice. Di conseguenza, nel caso specifico, viene ravvisata dal Consiglio di Stato la violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza laddove emerga l'impossibilità di comprendere le modalità con cui, attraverso l'algoritmo, siano stati assegnati i posti disponibili<sup>19</sup>.

In modo più esteso, involgendo il mondo pubblico e privato, nella gestione dei *big data* emerge la necessità di una valutazione dei rischi per la collettività, considerando l'impatto giuridico, sociale ed etico, al fine di prevenire i potenziali effetti negativi sulla dignità umana, sulle libertà e sui diritti fondamentali<sup>20</sup>.

La dimensione etica è accompagnata da complessi interrogativi afferenti a quali norme etiche scegliere per educare gli algoritmi e istruire le macchine e, correlativamente, all'individuazione di principi comuni nel pluralismo etico che caratterizza la società contemporanea<sup>21</sup>: a tali profili si collega, altresì, la complessa valutazione relativa all'introduzione o all'adattamento di categorie giuridiche e norme.

Gli Stati gestiscono enormi quantità di dati per svolgere le proprie funzioni e i giganti tecnologici conoscono le attività, le relazioni, i pensieri e i sentimenti di tutti coloro che si servono delle loro piattaforme: rischia di prendere forma un vero e proprio *big data divide*, ossia una relazione asimmetrica tra i detentori dei *big data*, governi e colossi tecnologici, da un lato, e tutti gli altri soggetti, dall'altro<sup>22</sup>.

I *big data* permettono di indirizzare l'individuo grazie all'analisi sulle attività digitali proprie o dei gruppi di appartenenza e di predirne i comportamenti<sup>23</sup>: in tale contesto possono emergere (ed emergono) profilazioni incontrollate, discriminazioni, disparità di trattamento e distorsioni del mercato. Il rischio concreto consiste nel fatto che giganti tecnologici e governi possano impiegare in vario modo le previsioni, fornite dai *big data*, anche per finalità ulteriori e diverse da quelle originarie con potenziali effetti discriminatori, minacciando principi e valori delle nostre democrazie<sup>24</sup>.

Questa relazione asimmetrica, alimentata dal fatto che gli individui stessi, interessati alla fruizione del servizio, forniscono con estrema facilità i propri dati, può degenerare anche in forme di controllo sociale: i soggetti pubblici possono decidere di avvalersi dei dati dei colossi tecnologici e per tale via possono realizzarsi eterogenee forme di monitoraggio e sorveglianza, mettendo a rischio

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, Sezione VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

<sup>20</sup> In tal senso le «*Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*», adottate il 23 gennaio 2017 dal Comitato consultivo della Convenzione 108.

<sup>21</sup> A. D'Aloia, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 3-31.

<sup>22</sup> M. Andrejevic, *The Big Data Divide*, in *International Journal of Communication*, 8, 2014, 1673-1689.

<sup>23</sup> Cfr. M.F. De Tullio, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Politica del diritto*, 4, 2016, 651 ss.

<sup>24</sup> Al riguardo, *inter alia*, F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge and London, 2015; C. O'Neil, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, trad. it., Milano, 2017.

le libertà, come nei celebri casi del *Datagate* del 2013<sup>25</sup> o di *Facebook – Cambridge Analytica* del 2018<sup>26</sup>.

Il rispetto dei valori della società e dei correlati principi del diritto si traduce nella tutela che deve essere offerta ai diversi diritti in gioco, che passa dal rispetto delle norme di riferimento. Oltre a tali pericoli etico-sociali, *big data* e algoritmi, infatti, sollevano molteplici e complesse problematiche giuridiche.

### 3. Problematiche giuridiche

#### 3.1. Ownership e concorrenza

Un primo profilo problematico di carattere giuridico afferisce alla *ownership* dei *big data*.

Risulta complesso, infatti, valutare chi ne è titolare (chi ha prodotto, chi detiene o chi elabora i dati?) e non manca chi li qualifica come beni pubblici di cui in realtà nessuno può essere considerato titolare<sup>27</sup>.

Al riguardo si pone, altresì, la problematica afferente alla tipologia di “titolarità”. Sotto tale punto di vista le raccolte di *big data* possono essere ricondotte a banche dati “non creative” e alla relativa protezione del diritto *sui generis*<sup>28</sup>, ma permane anche il diritto d’autore dei legittimi titolari sulle informazioni strutturate e sulle banche dati creative che possono andare a formare i *big data* stessi. Anche alla luce di tali criticità di individuazione della titolarità, la tutela giuridica può essere rafforzata servendosi dell’autonomia contrattuale, al fine di tutelare i *database* in caso di cessione o nei casi di concessione di diritti di utilizzo temporaneo. Ritenendo che il valore non sia nei dati, ma nelle analisi e nelle elaborazioni algoritmiche<sup>29</sup>, la tutela può anche concentrarsi sui relativi software, che incontrano, di norma, la protezione della proprietà intellettuale<sup>30</sup>.

Alle problematiche di *ownership* si lega strettamente la correlata questione della responsabilità giuridica, che risulta particolarmente complessa, dal momento che si tratta di processi che spesso vedono titolarità diverse: a seconda

---

<sup>25</sup> Il cosiddetto *Datagate* ha fatto emergere la sorveglianza a livello globale sui dati personali derivante dai rapporti tra le agenzie di *intelligence* statunitensi e i colossi digitali. Al riguardo cfr. G. Greenwald, *Sotto controllo. Edward Snowden e la sorveglianza di massa*, trad. it., Milano, 2014.

<sup>26</sup> Lo scandalo *Facebook – Cambridge Analytica* ha riguardato l’utilizzo di dati personali per influenzare il voto in occasioni quali le elezioni negli Stati Uniti; cfr. [www.ilpost.it/2018/03/19/facebook-cambridge-analytica](http://www.ilpost.it/2018/03/19/facebook-cambridge-analytica).

<sup>27</sup> V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Rivista di diritto dei media*, 2, 2018, 1 ss.

<sup>28</sup> Cfr. M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 2017, 601 ss.

<sup>29</sup> V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, cit., 1 ss.

<sup>30</sup> Secondo V. Zeno-Zencovich, G. Giannone Codiglione, *Ten legal perspectives on the “Big data revolution”*, cit., 30 ss. le prospettive della proprietà tradizionale, della proprietà intellettuale e del contratto non sono reciprocamente esclusive, ma devono essere impiegate in base ai diversi contesti.

dei casi può cambiare la partecipazione umana all'azione che conduce a eventuali danni (si pensi all'intelligenza artificiale) e, di conseguenza, è difficile l'imputazione delle responsabilità, aprendosi anche scenari circa la personalità giuridica di nuovi soggetti<sup>31</sup>.

In merito preme rilevare che la quantità dei dati non si traduce necessariamente in conoscenza e, di conseguenza, in valore; perché questo avvenga sono necessarie una corretta analisi, un'appropriata interpretazione e una profonda comprensione dei dati. Nel processo che dal dato conduce alla conoscenza, infatti, possono intercorrere elementi che minano il percorso, come la scarsa qualità dei dati, il loro utilizzo improprio o la manipolazione volontaria<sup>32</sup>: a errori e *bias* nei dati o nell'interpretazione degli stessi si affiancano anche i rischi di manipolazioni e deformazioni volontarie. In ogni caso per il diritto si pone l'esigenza di ricostruire i profili di responsabilità per rispondere ai danni che derivano da tali molteplici possibili criticità<sup>33</sup>.

Accanto a tali profili, i *big data* sollevano questioni e problematiche di concorrenza inedite, rendendo di difficile applicazione gli istituti tipici della disciplina quali mercato rilevante, prezzi discriminatori e abuso di posizione dominante<sup>34</sup>.

Anche sotto tale profilo, come per quello contrattuale, la differenza di rilevanza attribuita ai dati in se stessi o a quello che i dati permettono di ottenere sposta la ricostruzione giuridica relativa. Di conseguenza si contrappongono le posizioni di chi evidenzia il ruolo dei *big data*, capaci di conferire vantaggi competitivi e di erigere barriere all'ingresso, portando all'affermazione di posizioni dominanti, grazie a impedimenti legali o contrattuali alla condivisione dei dati, strategie di *lock-in* degli utenti, economie di scala ed effetti di rete diretti e indiretti, e di coloro che invece non ravvisano barriere all'entrata e che attribuiscono valore strategico ai risultati scaturenti dall'analisi dei dati e non ai dati in sé (e quindi agli algoritmi e alle tecnologie utilizzate più che ai dati stessi), che, di conseguenza, non potrebbero portare a penalizzazioni degli altri

---

<sup>31</sup> Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo recante «raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica» del 16 febbraio 2017 e la comunicazione della Commissione europea «L'intelligenza artificiale per l'Europa» COM(2018) 237 final del 25 aprile 2018.

<sup>32</sup> Cfr. G. Colangelo, *Big data, piattaforme e antitrust*, cit., 430.

<sup>33</sup> I *big data* possono nutrire anche il volto oscuro delle nuove tecnologie, popolato da *fake news*, manipolazioni, discriminazioni e da ciò che compone quella che viene definita "era della post-verità". Al riguardo cfr., *inter alia*, T. Casadei (a cura di), *Post-verità*, in *Governare la paura. Journal of interdisciplinary studies*, 1, 2019, disponibile all'indirizzo [governarelapaura.unibo.it/issue/view/793](http://governarelapaura.unibo.it/issue/view/793); C. Magnani, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2018, 1-47; G. Riva, *Interrealtà: reti fisiche e digitali e post-verità*, in *il Mulino*, 2, 2017, 326-334; M. Ferraris, *Postverità e altri enigmi*, Bologna, 2017; G. Gardini, *Le regole dell'informazione: l'era della post-verità*, Torino, 2017; G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017. Per uno sguardo particolarmente pessimistico P. Savarese, *Dalla bugia alla menzogna: la postverità e l'impossibilità del diritto*, in *Nomos*, 2, 2018.

<sup>34</sup> Cfr. M. Orefice, *I big data. Regole e concorrenza*, cit., 722 ss. Sui rapporti tra *big data* e concorrenza, cfr. M. Maggiolino, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018.

soggetti<sup>35</sup>.

### 3.2. Profili di data protection

Gli strumenti disciplinati dal regolamento (UE) 2016/679 sono tesi ad una tutela che ambisce ad essere adeguata alla società dei “grandi dati”, ma *big data* e algoritmi mostrano criticità ontologiche nel rispetto della disciplina in materia di *data protection*.

I *big data* per la costante circolazione e per la continua utilizzazione cui sono sottoposti sfuggono a quel diritto di controllo su cui si fonda la protezione dei dati personali e riescono a fornire i migliori risultati proprio nelle analisi in cui non sono predefiniti gli obiettivi al momento della raccolta<sup>36</sup>.

Tali caratteristiche rendono difficile rispettare il principio di limitazione della finalità, che prevede la raccolta dei dati personali per finalità determinate, esplicite e legittime e il successivo trattamento in modo non incompatibile con tali finalità<sup>37</sup>. Allo stesso modo, il volume e la varietà delle fonti dei *big data* rendono complesso il rispetto del principio di minimizzazione dei dati<sup>38</sup> e rischiano di inficiare la qualità, l'esattezza e l'accuratezza dei dati stessi<sup>39</sup>.

Accanto a tali problematiche, più ampiamente nelle caratteristiche stesse di funzionamento di *big data* e algoritmi emergono criticità profonde che rischiano di minare i fondamenti stessi dell'esaminato *framework* giuridico europeo.

Il concetto di “dato personale”, su cui si basa anche la dicotomia tra i regolamenti europei, può risultare insufficiente, dal momento che ci possono essere dati afferenti a gruppi o comunità, appartenenti quindi a più persone, oltre ai metadati e ai dati inferiti, estremamente significativi nel contesto dei *big data*<sup>40</sup>. Gli stessi dati anonimi possono non rimanere tali e le tecniche di anonimizzazione possono sollevare criticità: il pericolo sta nelle inferenze che possono essere tratte, grazie anche alla disponibilità di dati ausiliari riferibili alla persona. Ogni dato può finire per essere identificativo e quindi personale, soprattutto nelle correlazioni tra moltitudini di dati diversi<sup>41</sup>.

Nell'universo dei “grandi dati” vacillano nella sostanza anche l'informativa da parte del titolare del trattamento<sup>42</sup> e il consenso libero, preventivo, specifico, inequivocabile e revocabile dell'interessato<sup>43</sup>, dal momento che per lo più non si

<sup>35</sup> Cfr. G. Colangelo, *Big data, piattaforme e antitrust*, cit., 429 ss.

<sup>36</sup> Cfr. A. Mantelero, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, cit., 135-144; G. Sartor, M. Viola De Azevedo Cunha, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, cit., 657-680.

<sup>37</sup> Art. 5, paragrafo 1, lett. b), reg. (UE) 2016/679.

<sup>38</sup> Art. 5, paragrafo 1, lett. c), reg. (UE) 2016/679, che prevede i criteri di adeguatezza, pertinenza e limitazione dei dati personali a quanto necessario rispetto alle finalità del trattamento.

<sup>39</sup> Art. 5, paragrafo 1, lett. d), reg. (UE) 2016/679.

<sup>40</sup> Cfr. C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015, 28 ss.

<sup>41</sup> Cfr. G. D'Acquisto, M. Naldi, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017, 34 ss.

<sup>42</sup> Artt. 12-14, reg. (UE) 2016/679.

<sup>43</sup> Art. 7, reg. (UE) 2016/679. Cfr. F.H. Cate, V. Mayer-Schönberger, *Notice and consent in a world of Big Data*, in *International Data Privacy Law*, vol. 3, n. 2, 2013, 67-73.

conoscono preventivamente obiettivi e finalità di utilizzo: è dubbio che in tale contesto siano rese informazioni capaci di fornire una conoscenza reale, completa e profonda e, altresì, di conseguenza, che il consenso possa considerarsi libero.

La qualificazione del consenso individuale come elemento capace di legittimare il trattamento e perfino, laddove esplicito, il processo decisionale automatizzato è particolarmente problematica<sup>44</sup>: il consenso preventivo, libero ed esplicito può essere ottenuto a fronte di vantaggi perseguibili e perdere così le caratteristiche che devono connotarlo<sup>45</sup>. Del resto la condizione dell'individuo nei rapporti con i colossi tecnologici è costituita da una libertà apparente e il mancato consenso espone all'indubbio pregiudizio di non fruire delle possibilità offerte dalle piattaforme digitali in termini relazionali e sociali: al riguardo, è particolarmente significativo il considerando 42, secondo cui «il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio».

Nella consapevolezza di tali profonde criticità, che rischiano di minare le basi stesse del quadro giuridico di riferimento, alcuni principi della disciplina europea si attagliano maggiormente al mondo dei *big data*<sup>46</sup>.

In particolare, possono essere letti sotto tale ottica i principi *data protection by design* e *by default*, previsti nell'art. 25, paragrafi 1 e 2<sup>47</sup>, accompagnati dal *data protection impact assessment*, regolato nell'art. 35 del regolamento (UE) 2016/679<sup>48</sup>. Tali disposizioni prevedono che il diritto si serva della tecnica per garantire *by design* e *by default* il rispetto delle norme e danno forma a un approccio proattivo e a una valutazione preventiva dell'impatto e dei rischi dei trattamenti sulla *data protection*.

L'approccio proattivo è presente anche nell'innovativo diritto alla portabilità dei dati previsto all'art. 20 del regolamento (UE) 2016/679, idoneo a ridurre il rischio di *lock-in* e favorire la concorrenza tra piattaforme diverse<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> Artt. 7 e 22, reg. (UE) 2016/679.

<sup>45</sup> Cfr. G. Colangelo, *Big data, piattaforme e antitrust*, cit., 448 ss.

<sup>46</sup> Cfr. G. Finocchiaro, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, cit., 1-18.

<sup>47</sup> Il principio *data protection by design* prevede che, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso, il titolare debba mettere in atto «misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione», «volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del regolamento e tutelare i diritti degli interessati», ai sensi dell'art. 25, paragrafo 1, reg. (UE) 2016/679. A tale criterio si lega il principio *data protection by default*, di cui al secondo paragrafo dell'art. 25 del reg. (UE) 2016/679: il titolare deve mettere in atto «misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento».

<sup>48</sup> Se un tipo di trattamento può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare effettua, prima di procedere al trattamento, «una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali», ai sensi dell'art. 35, reg. (UE) 2016/679.

<sup>49</sup> L'interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico, i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare e di

(principio presente, seppur in modo diverso, anche nel regolamento europeo 2018/1807), e in altri strumenti, come la consultazione preventiva (art. 36)<sup>50</sup> e il *data breach* (artt. 33-34)<sup>51</sup>.

Nel regolamento europeo 2016/679, in linea con tale approccio di tutela si pongono la logica di *accountability* e responsabilizzazione dei soggetti che trattano i dati personali (art. 24), la figura del *Data Protection Officer* (DPO) (artt. 37-39)<sup>52</sup> e la previsione della contitolarità, accompagnata dalla definizione delle rispettive responsabilità (art. 26), disposizioni coadiuvate sia dall'attenzione alla sicurezza (art. 32), sia dall'effettività e dall'efficacia del sistema sanzionatorio (artt. 82-84). Tali norme si attagliano in modo efficace alle caratteristiche dei *big data* e alla filiera di soggetti diversi che spesso ne caratterizza la gestione.

Ai fini di tale analisi rileva particolarmente l'art. 22 del regolamento (UE) 2016/679, dedicato al «processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione», che pare alludere chiaramente ai *big data*: «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

La disposizione, però, non si applica laddove la decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto, sia autorizzata dal diritto europeo o nazionale o si basi sul consenso esplicito dell'interessato, che anche in tale contesto appare come strumento capace di legittimare il trattamento (strumento in realtà improprio, come sopra esaminato). Tali eccezioni sono bilanciate obbligando il titolare del trattamento, nei casi di consenso e conclusione o esecuzione del contratto, ad attuare comunque «misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione».

#### 4. Principi e strumenti della *data governance*: tecnologia, trasparenza e controllo collettivo

Al fine di costruire una solida *data governance* ispirata ai principi etici e ai valori degli ordinamenti democratici, è necessario superare le problematiche esaminate, che a guardare bene trovano fondamento nella chiusura dei processi di gestione dei dati, nel significativo squilibrio tra le parti e nella conseguente inevitabile

---

trasmettere tali dati a un altro titolare, senza impedimenti da parte del primo titolare cui li ha forniti.

<sup>50</sup> Il titolare, prima di procedere al trattamento, consulta l'autorità di controllo qualora la valutazione d'impatto indichi che il trattamento presenterebbe un rischio elevato in assenza di misure adottate per attenuare il rischio.

<sup>51</sup> Il titolare ha l'obbligo di notificare eventuali violazioni dei dati personali all'autorità nazionale nei tempi e nelle modalità previste e, se la violazione è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, deve comunicare la violazione all'interessato senza ingiustificato ritardo.

<sup>52</sup> Si tratta di una figura prevista con la funzione di garantire una corretta gestione dei dati.

incapacità del singolo di potersi tutelare in modo efficace.

In primo luogo, uno strumento per tutelare i diritti, riducendo chiusura e opacità nella gestione dei dati, può risiedere proprio nella stessa tecnologia. Come esaminato, nella disciplina in materia di *data protection* il diritto si avvale della tecnica per assicurare il suo rispetto e tutelare la persona per mezzo dei principi *data protection by default e by design* e di strumenti come il *data protection impact assessment*: la tecnologia si pone quale rimedio preventivo a possibili violazioni delle norme, proteggendo la persona fin dalla progettazione, per impostazione preventiva e per mezzo della valutazione d'impatto. Tale approccio può essere impiegato non solo per il rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali, ma può essere utilizzato più ampiamente per affrontare le problematiche giuridiche coinvolte nella gestione degli insiemi di dati misti e, quindi, dei *big data*: il diritto può avvalersi della tecnica per far rispettare i suoi principi di riferimento.

In secondo luogo, per contrastare l'opacità nell'utilizzo dei *big data*, insieme alla tecnologia, è necessario affidarsi a una trasparenza sostanziale, che per essere tale deve tradursi in un dovere di lealtà dei titolari del trattamento nei confronti degli interessati. Anche in tal caso risulta significativo quanto previsto dalla disciplina in materia di *data protection*: il titolare del trattamento è tenuto a fornire all'interessato, tra le informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente, «l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione [...] e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato»<sup>53</sup>. Su tali informazioni esiste, altresì, un diritto di accesso riconosciuto all'interessato esplicitamente dall'art. 15 del regolamento (UE) 2016/679.

Nel caso dei *big data*, che si avvalgono di processi decisionali automatizzati, la norma si traduce nella necessità di fornire informazioni e garantire l'accesso in merito alla logica utilizzata dagli algoritmi, all'impatto e alle conseguenze per l'interessato. Tale forma di trasparenza permette di confinare o quanto meno di rilevare errori, *bias*, manipolazioni che, come esaminato, possono inficiare i *big data*. Inoltre in tal modo è possibile riequilibrare l'asimmetria tra le parti, imponendo maggiore trasparenza in merito agli algoritmi stessi, al fine di garantire la consapevole autodeterminazione e la correlata libertà degli individui.

Con questo approccio si coniugano l'apertura e il rilascio dei dati in *open data*, esigenze che emergono in modo evidente nella normativa europea relativa ai dati pubblici<sup>54</sup>. Insieme alla trasparenza, l'apertura dei *big data* in ambito pubblico, ma anche in ambito privato potrebbe contribuire a sanare le asimmetrie informative, mettendo a disposizione della collettività i dati, anche se inevitabilmente provocherebbe una perdita di potere per i detentori degli stessi.

---

<sup>53</sup> Art. 13, paragrafo 2, lett. f) e art. 14, paragrafo 2, lett. g), regolamento (UE) 2016/679.

<sup>54</sup> Gli *open data* sono i dati resi disponibili con le caratteristiche tecniche e legali necessarie per essere liberamente utilizzati, riutilizzati e ridistribuiti da chiunque, in qualsiasi momento e ovunque; cfr. [opendatacharter.net](http://opendatacharter.net).



Tale ricostruzione, peraltro, si attaglia alla qualificazione dei dati come “beni pubblici”, dei quali possiedono quelle caratteristiche di non esclusività e non rivalità, al netto di concrete pretese di appropriazione e restrizioni surrettizie capaci di renderli di fatto “proprietà” di pochi soggetti.

Infine il significativo squilibrio tra le parti in gioco si traduce nel rischio di “solitudine” del singolo, spesso inconsapevole e in ogni caso incapace di potersi tutelare in modo efficace da solo. Al riguardo, i valori della dignità, dello sviluppo della persona e dell’uguaglianza a fronte delle possibili manipolazioni e discriminazioni, che gli algoritmi sono capaci di realizzare, interessano tutta la collettività; parimenti, di conseguenza, può essere opportuno immaginare una tutela collettiva dell’individuo, che si affianchi a quella individuale<sup>55</sup>.

Un riferimento significativo è nella disciplina in materia di protezione dei dati personali e, in specifico, nell’art. 80 del regolamento europeo 2016/679, secondo paragrafo: «Gli Stati membri possono prevedere che un organismo, organizzazione o associazione [...], indipendentemente dal mandato conferito dall’interessato, abbia il diritto di proporre, in tale Stato membro, un reclamo all’autorità di controllo competente, e di esercitare i diritti di cui agli articoli 78 e 79<sup>56</sup>, qualora ritenga che i diritti di cui un interessato gode a norma del [...] regolamento siano stati violati in seguito al trattamento». In tal modo la protezione della persona si può liberare dalla necessità di azione da parte dell’individuo stesso e può essere attivata da organizzazioni e associazioni nel momento in cui siano violati quei “beni pubblici” e quei valori collettivi protetti dalla disciplina.

Gli strumenti esaminati, afferenti a tecnologia, trasparenza, apertura e tutela collettiva, trovano collante comune nell’esigenza di dare particolare rilievo nella *data governance* alla dimensione etica.

I *big data* necessitano di un uso etico, consapevole e socialmente responsabile dei dati, idoneo a valutare la possibilità di conflitto con altri diritti e il rispetto dei principi di limitazione delle finalità e di trasparenza, in modo da evitare che i dati siano ulteriormente elaborati in modo inaspettato, inappropriato o discutibile per l’interessato. Al riguardo emerge un diritto di controllo sui dati non circoscritto all’individuo, ma tale da comprendere una valutazione dei rischi per la collettività, considerando l’impatto giuridico, sociale ed etico dell’utilizzo dei *big data* sia a livello individuale che collettivo, al fine di prevenire i potenziali effetti negativi sulla dignità umana, sulle libertà e sui diritti fondamentali<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr. A. Mantelero, *I Big Data nel quadro della disciplina europea della tutela dei dati personali*, in *Il Corriere giuridico*, ed. speciale, 2018, 54 ss.

<sup>56</sup> Si tratta del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti dell’autorità di controllo e del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento.

<sup>57</sup> In tal senso le «*Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*», adottate il 23 gennaio 2017 dal Comitato consultivo della Convenzione 108.

La gestione etica, consapevole e sociale dei dati, basata sulla trasparenza e orientata a una tutela collettiva accanto a quella individuale, rappresenta la strada su cui è possibile immaginare la *data governance* nel nostro futuro.

# “Parlare a nuora perché suocera intenda”: il caso Trump ed il rapporto Mueller

di Luigi Melica

**Abstract: The Trump case and the Mueller report** – The Russiagate undoubtedly constitutes one of the main scandals of the Trump’s US presidency. The investigation on the Russian government’s possible interference in the US presidential elections has reignited the debate on the constitutional powers recognized to the Attorney general and to the special counsel with reference to the investigations on the President of the United States of America. The twenty-two months of Mueller’s investigation ended with various condemnations and with a sort of acquittal due to the President’s lack of evidence, which however did not dispel the uncertainties about his possible indictment. Analyzing the evolution of the US discipline on the powers of the special counsel and starting from the editorial modalities of the Mueller’s latest Report, the aim of this paper is to highlight the lights and shadows of the special counsel’s powers vis a vis the division of powers between the Congress and the President.

**Keywords:** Russiagate; Investigation; Special counsel; Final Report; Congress.

1883

---

## 1. Introduzione

Il 17 maggio 2017 il vice Attorney General Rod J. Rosentein annunciava al popolo degli Stati Uniti la nomina dell’ex dirigente del Dipartimento della Giustizia e direttore dell’FBI Robert S. Mueller III quale *special counsel* per sovrintendere l’indagine già avviata dall’FBI sulle interferenze del Governo russo sulle elezioni presidenziali americane del 2016 e sulle questioni ad essa connesse, tra le quali spiccava l’accusa di ostruzione alla giustizia mossa allo stesso Presidente Trump. Quel giorno, come le indagini dello stesso Mueller confermeranno nel rapporto finale dell’inchiesta, il Presidente Trump sobbalzò sulla sedia affermando: “[...] è la fine della mia Presidenza!”<sup>1</sup>.

Non è dato sapere, mentre si scrive, se il Presidente abbia avuto ragione; certamente è acclarato che i ventidue mesi di indagine di Mueller si sono conclusi con diverse condanne, con l’incriminazione di agenti segreti e società russe e, apparentemente, con una sorta di assoluzione per insufficienza di prove del Presidente che però non ha fugato le incertezze su una sua possibile incriminazione. Difatti, come rivelerà lo stesso Mueller in un’uscita pubblica il 28 maggio 2019 – dopo che il suo rapporto era stato trasmesso al Congresso dal Dipartimento della Giustizia con diversi *omissis* (cfr. *infra*, par. 3.2) – il suo incarico,

---

<sup>1</sup> *Report on the Investigation Into Russian Interference in the 2016 Presidential Election*, noto come *Mueller Report*, [www.justice.gov/storage/report.pdf](http://www.justice.gov/storage/report.pdf), vol. II, pag. 78.

pur tecnicamente esteso a compiere l'indagine sul Presidente Trump, non si spingeva sino alla sua incriminazione<sup>2</sup>. Una situazione incandescente, dunque, che insieme alle inevitabili contrapposizioni politiche lascia sul tappeto anche diverse questioni giuridico-costituzionali di ampia rilevanza ed interesse per gli studiosi della materia. Più in generale, ad essere meritevole di approfondimento – in quanto poco conosciuto dalla letteratura comparatistica italiana – è l'istituto in sé dello *special counsel*<sup>3</sup>, ossia di un soggetto terzo al quale, nella forma di governo presidenziale statunitense, il vertice della giustizia, in circostanze eccezionali ed in deroga al principio di separazione dei poteri, affida *pleno iure* la titolarità di un'indagine penale che riguarda le alte sfere dell'esecutivo. Perché, viene da chiedersi, in un sistema costituzionale a separazione rigida dei poteri dove l'esecutivo è per definizione il titolare dell'azione penale, i procuratori federali, ad indagini avviate, divengono incompetenti e si ricorre ad un soggetto terzo, estraneo agli apparati del Governo? Alcune risposte si intuiscono già dal comunicato stampa con il quale il vice Attorney General Rosenstein aveva nominato il procuratore speciale Mueller: Rosenstein affermava infatti che, dovendo perseguire un *pubblico interesse*, affidava l'indagine ad una persona terza la quale, operando in assoluta indipendenza, ne assumeva la responsabilità: “In my capacity as acting Attorney General, I determined that it is in the public interest for me to exercise my authority and appoint a Special Counsel to assume responsibility for this matter”; [...] who exercises a degree of independence from the normal chain of command”<sup>4</sup>. Peculiarmente, il destinatario del comunicato stampa del vice Attorney General è il *popolo americano* che viene rassicurato sul fatto che la giustizia negli Stati Uniti è uguale per tutti e, se esistono deviazioni dalle leggi e dalla Costituzione commesse dagli alti vertici dell'esecutivo, le indagini saranno condotte da un consigliere speciale che in ossequio al principio della trasparenza, non farà né distinzioni, né favoritismi come per tutti i cittadini americani. Del resto, da quando esistono gli Stati Uniti, gli alti vertici dell'esecutivo, se accusati di un crimine, sono sempre stati perseguiti così.

Risale infatti al 1870 la nomina dei primi procuratori esterni allorquando, durante la presidenza di Ulysses S. Grant si doveva condurre un'indagine su una truffa all'erario commessa dai titolari di alcune distillerie di whiskey dell'area di St. Louis<sup>5</sup> con i quali avevano cooperato alcuni funzionari di rango elevato afferenti

<sup>2</sup> Le parole di Mueller sono state pubblicate da tutti i media del mondo. Per la trascrizione del discorso, [www.nytimes.com/2019/05/29/us/politics/mueller-transcript.html](http://www.nytimes.com/2019/05/29/us/politics/mueller-transcript.html).

<sup>3</sup> *Amplius* sulla figura dello special counsel nel sistema statunitense cfr: D.C. Smaltz, *The Independent Counsel: a view from inside*, in *Georgetown Law Journal*, 1998, p. 2328 ss.; A.I. Tachmes, *Independent Counsels Under the Ethics in Government Act of 1978: A Violation of the Separation of Powers Doctrine or an Essential Check on Executive Power?*, in *University of Miami Law Review*, 1988, p. 738 ss.; C. Brown, J.P. Cole, *Special Counsels, Independent Counsels, and Special Prosecutors: Legal Authority and Limitations on Independent Executive Investigations*, CRS 7-5700, USA, 2018.

<sup>4</sup> US Department of Justice, Office of Public Affairs, *Appointment of Special Counsel*, 17 maggio 2017, [www.justice.gov/opa/pr/appointment-special-counsel](http://www.justice.gov/opa/pr/appointment-special-counsel).

<sup>5</sup> Cfr. L. Melica, *Mai licenziare uno Special Counsel”: una lezione di storia costituzionale per il Presidente Trump*, in *Dir. pubb. comp ed eur.*, Speciale/2019, pp. 447-494. Stessa rivista e stesso

al potere esecutivo e diversi politici di rilievo nazionale. Il ricorso a personale esterno fu giustificato affinché, agli occhi dell'opinione pubblica, l'indagine apparisse imparziale, autonoma ed indipendente.

Ebbene, proprio in ossequio a questi stessi principi, anche oggi, a distanza di quasi 150 anni, l'Attorney General, in una situazione analoga, nomina un soggetto terzo a capo delle indagini al posto di un procuratore federale e lo fa, come afferma Rosenstein, non perché le procure federali non siano professionalmente all'altezza, ma per il rispetto dovuto al popolo americano: "Each year, the career professionals of the U.S. Department of Justice conduct tens of thousands of criminal investigations and handle countless other matters without regard to partisan political considerations. Considering the unique circumstances of this matter, however, I determined that a Special Counsel is necessary in order for the American people to have full confidence in the outcome"<sup>6</sup>. In questa prospettiva, Mueller svolgerà il delicato compito con il pieno appoggio del Dipartimento della Giustizia affinché possa effettivamente condurre un'indagine autonoma ed imparziale, unicamente finalizzata all'accertamento dei fatti ed all'applicazione della legge: "Mueller will have all appropriate resources to conduct a thorough and complete investigation, and I am confident that he will follow the facts, apply the law and reach a just result"<sup>7</sup>. Occorre infine aggiungere che il decreto di nomina affidava allo special counsel anche il compito di condurre le indagini su tutti i collaboratori del Presidente Trump ("any links and/or coordination between the Russian government and individuals associated with the campaign of President Trump"<sup>8</sup>) e su ogni altra questione che durante le stesse fosse venuta in rilievo ("any matter that arose or may arise directly from the investigation and any other matters within the scope of 28 C.F.R. 600. 4a"<sup>9</sup>); qualora, invece, lo *special counsel* avesse rilevato dei crimini non connessi all'indagine, avrebbe dovuto trasmettere gli atti alle procure federali competenti. Mueller ricevette dunque un mandato molto ampio e potenzialmente senza limiti, al punto che, come sottolineato all'inizio, uno dei filoni di indagine più importanti sarà proprio la presunta ostruzione alla giustizia commessa dal Presidente Trump a causa dei tentativi - a volte plateali - di limitare l'operato dello *special counsel* e dei suoi collaboratori anche chiedendone il licenziamento. Unico limite - come dichiarerà Mueller prima di congedarsi definitivamente dal Dipartimento della Giustizia<sup>10</sup> - l'incriminazione del Presidente, che per definizione fuoriesce dal mandato dei consiglieri speciali e da quello di qualsiasi giurisdizione federale, rientrando tra le prerogative del solo Congresso attraverso la nota procedura dell'*impeachment*.

---

numero vedasi anche G. D'Ignazio, *Poteri presidenziali e amministrazione federale negli Stati Uniti d'America: la "prevedibile discontinuità" del Presidente Trump*, pp.251 - 269.

<sup>6</sup> US Department of Justice, Office of Public Affairs, *Appointment of Special Counsel*, cit.

<sup>7</sup> *ibidem*

<sup>8</sup> US Office of the Deputy Attorney General, order no. 3915-2017, *Appointment of Special Counsel to investigate Russian interference with the 2016 Presidential election and related matters*, [www.justice.gov/opa/press-release/file/967231/download](http://www.justice.gov/opa/press-release/file/967231/download).

<sup>9</sup> *Ibidem*

<sup>10</sup> Il riferimento è alle dichiarazioni di cui alla nota 2.

Al fine precipuo di illustrare nel modo più esaustivo possibile i contenuti di questa peculiare vicenda che, mentre si scrive, non si è ancora conclusa, il presente saggio, prendendo le mosse da una ricerca già pubblicata sul tema<sup>11</sup>, dapprima si soffermerà sulle due regolamentazioni scritte che hanno disciplinato le indagini speciali, l'*Ethics in Government Act* in vigore sino al 1999 ed il Regolamento del Dipartimento della Giustizia sugli *Offices of Independent Counsel* attualmente vigente, dopo di che si approfondiranno gli epiloghi del *Russiagate* e soprattutto i suoi *post facta* che sembrerebbero aprire una grave crisi costituzionale nei rapporti tra Esecutivo e Legislativo.

## **2. Dal caso “Watergate” alla prima regolamentazione scritta delle indagini speciali: le regole dell’*Ethics in Government Act***

Come evidenziato in altra sede<sup>12</sup>, l’aspetto peculiare delle sette indagini speciali condotte dal 1870 al 1973 (caso Watergate) è che esse hanno operato *senza regole scritte*, ma secondo prassi e convenzioni costituzionali. In presenza di illeciti commessi dai vertici del potere esecutivo si è infatti operato seguendo schemi e procedure sempre più consolidati senza avvertire la necessità di regolare per iscritto la materia. Ogniqualevolta, infatti, le alte cariche politico-amministrative del potere esecutivo sono state sospettate di un reato, i diversi Attorney General in carica, sia spontaneamente, sia su sollecitazione dei rispettivi Presidenti e spesso sotto la vigilanza delle Commissioni competenti del Congresso, hanno provveduto alla nomina di un procuratore esterno all’esecutivo. In tutte e sette le indagini condotte, inoltre, un ruolo determinante è stato svolto dalla stampa, che ha quasi sempre ispirato le diverse inchieste portando allo scoperto i comportamenti illeciti commessi dal personale pubblico federale. Occorre inoltre osservare che il sistema, di indagine in indagine, si è spontaneamente evoluto e perfezionato superando ogni ostacolo e difficoltà grazie all’operato dei titolari dei poteri apicali, i quali, volenti o nolenti, erano consapevoli che in presenza di una notizia di reato che riguardava uno dei vertici del potere esecutivo dovevano - con sollecitudine - nominare un procuratore esterno al Dipartimento della Giustizia. In tali situazioni e circostanze, infatti, si percepiva come doveroso rassicurare il popolo/elettore sul fatto che non si sarebbero fatte distinzioni o favoritismi occultando le responsabilità dei vertici dell’esecutivo e che si sarebbe avviata un’indagine obiettiva, autonoma ed imparziale attraverso la nomina di un esterno. Dal 1870 al 1973, in definitiva, il sistema costituzionale ha funzionato sostanzialmente così, e, quando un Attorney General ha tentato di sottrarsi a tali comportamenti, è toccato al Presidente – *obtorto collo* – intervenire, sollecitando la nomina del procuratore esterno, nella piena consapevolezza che, se si fosse sottratto, il trinomio Congresso, stampa e opinione pubblica lo avrebbe incalzato al punto da mettere a

<sup>11</sup> L. Melica, “*Mai licenziare uno Special Counsel*”: una lezione di storia costituzionale per il Presidente Trump, *op. cit.*

<sup>12</sup> Ibidem.

rischio la tenuta stessa del suo gabinetto<sup>13</sup>. Questo *modus operandi* era diventato una costante nel sistema costituzionale statunitense al punto da generare degli automatismi tali da far supporre che, di indagine in indagine, si fosse formata una vera e propria consuetudine costituzionale ai sensi della quale, in presenza di determinati eventi, i vertici dell'esecutivo, in ossequio al principio della trasparenza, dovevano operare nel modo descritto. Ciò detto, quando, nel 1973, il Presidente Nixon decise di deviare dai summenzionati punti fermi, dapprima opponendosi all'apertura di un'indagine speciale sui gravissimi comportamenti del suo entourage, e poi, dopo che l'indagine era stata avviata su sollecitazione del Congresso, chiedendo ripetutamente ai diversi titolari delle cariche apicali del Dipartimento della Giustizia di licenziare lo *special counsel* Archibald Cox, causò un vero e proprio *vulnus* rispetto alle regole sino a quel momento seguite, inducendo il Congresso, nonostante il sistema avesse sino ad allora funzionato efficacemente, ad approvare le prime norme scritte sulla materia delle indagini speciali. Tali regole<sup>14</sup>, occorre preliminarmente osservare, ridussero significativamente l'influenza dell'Esecutivo e dell'Attorney General sul processo di nomina dello *special prosecutor*.

In base all'*Ethics in Government Act*, infatti, ogniqualvolta l'Attorney General veniva al corrente di notizie di reato commesse dal personale afferente al potere esecutivo poteva avviare un'indagine preliminare della durata di massimo novanta giorni al termine della quale doveva decidere se avviare o meno un'inchiesta speciale. In caso di decisione positiva, l'Attorney General non aveva più, come in passato, il potere di individuare la persona terza più indicata per condurre l'inchiesta, ma doveva investire una Commissione speciale incardinata presso la Corte d'Appello del Distretto di Columbia alla quale spettava nominare un consigliere indipendente individuato fuori dal personale afferente al potere

---

<sup>13</sup> Ci si riferisce allo scottante noto caso "Teapot Dome" del 1922 riguardante le trattative per l'affidamento in concessione delle riserve petrolifere. In quella occasione, lo scandalo vide coinvolti in prima persona, l'allora Presidente Harding e Il Segretario all'Interno Fall. Dopo una dichiarazione resa davanti alla Commissione da parte di uno degli indagati – che affermava di aver dato una cospicua tangente a Fall – la Commissione, ritenendo esaurito il suo compito chiese al Governo di nominare uno *special counsel* per avviare un'indagine indipendente. La domenica del 27 gennaio del 1923, il Presidente Coolidge, a fronte della ritrosia dell'Attorney General Daugherty annunciò pubblicamente la nomina di due procuratori speciali, rassicurando i cittadini americani che si sarebbe indagato approfonditamente. *Amplius* su tali vicissitudini, cfr. L. Melica, *Mai licenziare uno Special Counsel: una lezione di storia costituzionale per il Presidente Trump*, *op. cit.*, e la bibliografia *ivi* richiamata.

<sup>14</sup> *Ethics in Government Act* of 1978, approvato il 26 ottobre 1978, [legcounsel.house.gov/Comps/Ethics%20In%20Government%20Act%20Of%201978.pdf](https://legcounsel.house.gov/Comps/Ethics%20In%20Government%20Act%20Of%201978.pdf).

Si veda per la disciplina dello statuto: B.J. Priester, P.G., Rozelle, M.A. Horowitz, *The Independent Counsel Statute: a legal history*, in *Law and Contemporary Problems*, 1999, p. 11 ss.; D.C. Smaltz, *The Independent Counsel: a view from inside*, in *Georgetown Law Journal*, 1998, p. 2328 ss.; A.I. Tachmes, *Independent Counsels Under the Ethics in Government Act of 1978: A Violation of the Separation of Powers Doctrine or an Essential Check on Executive Power?*, in *University of Miami Law Review*, 1988, p. 738 ss.; C. Brown, J.P. Cole, *Special Counsels, Independent Counsels, and Special Prosecutors: Legal Authority and Limitations on Independent Executive Investigations*, CRS 7-5700, USA, 2018, p. 3 ss.; J.R. O'Sullivan, *The Independent Counsel Statute: Bad Law, Bad Policy*, in *American Criminal Law Review*, 1996, p. 465 ss.; J. Maskell, *Independent Counsels, Special Prosecutors, Special Counsels, and the Role of Congress*, CRS 7-5700, USA, 2013.

esecutivo<sup>15</sup>. La Commissione - preme osservare - era composta da tre Giudici federali indicati per un biennio dal Presidente della Corte Suprema ed aveva anche il compito di definire l'ambito dei poteri giurisdizionali del consigliere indipendente al quale, la nuova legge, affidava il potere di svolgere un'indagine speciale a tutti gli effetti, "full power and independent authority to exercise all investigative and prosecutorial functions and powers of the Department of Justice"<sup>16</sup>. Occorre infatti osservare, che in tutte le indagini speciali effettuate sotto il regime dell'*Ethics Act* la Commissione aveva attribuito ai diversi consiglieri indipendenti dei poteri di indagine molto penetranti che sostanzialmente includevano: "conducting investigations and grand jury proceedings; engaging in judicial proceedings, including litigation and appeals of court decisions; reviewing documentary evidence; determining whether to challenge the use of testimonial privileges; receiving national security clearances, if appropriate; seeking immunity for witnesses, warrants, subpoenas, and other court orders; obtaining and reviewing any tax return; and carrying out prosecutions in court, including filing indictments"<sup>17</sup>. Questa rilevante autonomia ed indipendenza era inoltre accresciuta dalla tassatività delle cause di rimozione degli *special prosecutors* i quali potevano essere rimossi dall'Attorney General solo per "good cause, physical or mental disability [...], or any other condition that substantially impairs the performance of such independent counsel's duties"<sup>18</sup>. In pratica, l'Attorney General poteva licenziare gli *independent counsel* solo in caso di grave inadempimento dei propri doveri e non per questioni attinenti al merito delle indagini ed in ogni caso doveva comunicare le ragioni della revoca sia alla Commissione speciale che aveva nominato il consigliere indipendente sia alle rispettive Commissioni Giustizia della Camera dei Rappresentanti e del Senato.

Al termine delle indagini, i consiglieri indipendenti dovevano redigere un rapporto conclusivo dell'inchiesta da inviare alla Commissione speciale ed all'Attorney General. Eccezionalmente, la Commissione speciale - che durante le indagini era tenuta al corrente sui più rilevanti sviluppi dell'inchiesta - poteva, anche su sollecitazione dell'Attorney General, intervenire ritenendo conclusa l'inchiesta. A quel punto, gli inquirenti dovevano trasmettere il *rapporto finale* all'Attorney General che avrebbe completato le indagini utilizzando i mezzi ordinari. L'*Ethics Act*, infine, aveva una validità temporale quinquennale, dovendo

<sup>15</sup> Si veda per la selezione dell'*independent counsel*: W.M. Treanor, *Independent Counsel and Vigorous Investigation and Prosecution*, Georgetown University Law Center, 1998, p. 153 ss.; B.M. Kavanaugh, *The President and the Independent counsel*, in *Georgetown Law Journal*, 1998, p. 2146 ss.;

<sup>16</sup> I poteri che sostanzialmente sono stati attribuiti a tali figure nelle indagini effettuate sotto il regime dell'*Ethics Act* sono riassunti in *Special Counsels, Independent Counsels and Special Prosecutors: Options for Independent Executive Investigations*, Congressional Research Service, 1° giugno 2017, [www.everycrsreport.com/files/20170601\\_R44857\\_ca95e005ee8e879d7509b556abf9156bba143103.pdf](http://www.everycrsreport.com/files/20170601_R44857_ca95e005ee8e879d7509b556abf9156bba143103.pdf), page 6.

<sup>17</sup> *Ibidem*

<sup>18</sup> *Ibidem*. Si veda anche: H.J.JR Miller, J.P. Elwood, *The Independent Counsel Statute: an idea whose time has passed*, in *Law and Contemporary Problems*, 62, 1998, p. 126 ss.; B.M. Kavanaugh, *The President and the Independent counsel*, cit., p. 2151 ss.



essere riconfermato di volta in volta dal Congresso<sup>19</sup>. La scelta di inserire una *sunset clause* fu dovuta al timore di assegnare ad un soggetto terzo un potere eccessivo che avrebbe potuto preludere ad un uso politico dei poteri ricevuti.

Complessivamente, le indagini condotte applicando la regolamentazione dell'*Ethics Act* furono diciotto di cui solo sei di rilevante importanza: l'inchiesta Iran/Contra, condotta nel 1986 dallo *special counsel* Lawrence E. Walsh; l'indagine su Edwin Meese II, condotta dallo *special counsel* Jacob A. Stein nel 1984; l'inchiesta su Theodore B. Olson, condotta da Alexia Morrison nel 1986 da cui scaturì l'eccezione di incostituzionalità sollevata sulla disciplina<sup>20</sup>; l'indagine condotta nel 1995 da Henry G. Cisneros et al.; ed infine le due indagini note come *Whitewater* contro la famiglia Clinton, condotte rispettivamente da Robert B. Fiske Jr. nel 1994 e, nello stesso anno, da Kenneth W. Starr.

Soprattutto le indagini minori, occorre osservare, non erano collegate ai doveri d'ufficio dei funzionari/politici indagati, ma avevano altri oggetti (*drug use, perjury, conflicts of interest, financial improprieties*) e, quindi, sarebbero potute essere condotte dalle procure federali senza rischi di conflitti di interessi e con notevoli risparmi per l'erario. Inoltre, alcune indagini di importanza e rilievo maggiore, come quelle sull'*Iran-Contra*<sup>21</sup> e sul *Whitewater*<sup>22</sup> non ebbero esiti soddisfacenti, né

<sup>19</sup> Si veda: J.M. Kelly, J.P. M. McEntee, *The Independent Counsel Law: Is There Life After Death?*, cit., p. 563 ss.; J. Mokhibern, *A brief history of the independent counsel law*, in *Frontline*, maggio 1998; C.H. Schroeder, *Putting law and politics in the right places- Reforming the independent counsel statute*, in *Law and Contemporary Problems*, 62/ 1998, p.172 ss.

<sup>20</sup> Si tratta del caso *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988). La sentenza è reperibile al link [supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/).

<sup>21</sup> Durante la presidenza Reagan si ebbero sette indagini svolte da consiglieri indipendenti, ma la più importante tra queste fu l'inchiesta *Iran-Contra*: essa riguardò il traffico illegale di armi con l'Iran da parte di membri dell'amministrazione Reagan e di militari in cambio della liberazione di ostaggi americani detenuti in Libano. In realtà parte dei proventi di tale traffico, che si scoprì essere iniziato prima della cattura degli ostaggi, servirono poi per finanziare segretamente i *Contras*, oppositori del governo del Nicaragua. Le indagini furono affidate al consigliere indipendente Lawrence Walsh e terminarono con quattro condanne, sette ammissioni di colpevolezza e una assoluzione. Tuttavia, la durata e gli elevati costi dell'investigazione suscitarono critiche nei confronti di Walsh e scetticismo sull'uso delle disposizioni che regolavano il consigliere indipendente. Si veda: L.E. Walsh, *Final report of the independent counsel for Iran/Contra Matters* 55, 1993; L.E. Walsh, *Iran Contra: Lawrence Walsh's contribution to history*, in *National Security Archive Electronic Briefing Book*, 462, 2014; G.D. Brown, *The Ethics Backlash and the Independent Counsel Statute*, in *Rutgers Law Review*, 1999, p. 456 ss.; W.M. Treonor, *Independent Counsel and Vigorous Investigation and Prosecution*, in 61 *Law and Contemporary Problems*, 1998, p.159 ss.

<sup>22</sup> Il caso *Whitewater* coinvolgeva il presidente Clinton e sua moglie per un presunto illecito commesso quando egli era governatore dell'Arkansas. Al di fuori delle disposizioni dell'*Ethics Act*, non rinnovato nel 1992, l'Attorney General Janet Reno nominò nel gennaio del 1994 l'*independent counsel* Robert Fiske per indagare sul caso. Il 30 giugno dello stesso anno lo statuto venne nuovamente autorizzato e Fiske fu sostituito dal consigliere indipendente Kenneth Starr incaricato invece dalla *Special division*. La giurisdizione di Starr è stata ampliata più volte negli anni successivi fino a comprendere anche il caso Lewinsky. L'estensione del potere di Starr che secondo i critici era andato ben oltre i confini dello statuto, alcune decisioni giudiziarie ritenute eccessivamente rigorose e gli altissimi costi delle indagini, contribuirono ad un ripensamento sull'efficacia dello statuto sia da parte dei democratici sia da parte dei repubblicani. Si veda: K. Gormley, *Monica Lewinsky, Impeachment, and the Death of the Independent Counsel Law: What Congress Can Salvage from the Wreckage - a Minimalist View*, in *Maryland Law Review*, 2001; R.W.Gordon, *The Independent Counsel Investigation, the Impeachment Proceedings, and President Clinton's Defense: Inquiries into the Role and Responsibilities*

per le parti politiche, né per il Congresso e nemmeno per l'opinione pubblica. Più in generale, la nuova legge aveva un campo di applicazione eccessivamente ampio, sia soggettivo, ossia inerente ai soggetti che potevano essere incriminati, sia oggettivo, ossia inerente alla tipologia degli illeciti suscettibile di avviare l'indagine speciale e pertanto le indagini speciali si moltiplicarono vistosamente, al punto che molte inchieste, indipendentemente dal loro oggetto, divennero il pretesto per ottenere il discredito politico dell'avversario grazie al contributo dei media che, come sottolineato da più parti, da "cane da guardia" del potere esecutivo erano divenuti il "braccio armato" della lotta politica a favore, indifferentemente, delle forze politiche democratiche o repubblicane a seconda dell'appartenenza politica del soggetto sotto indagine<sup>23</sup>. Di conseguenza, l'*Ethics Act*, dopo essere stato riapprovato dal Congresso, rispettivamente, nel 1983, nel 1988, e nel 1994 fu poi lasciato decadere nel 1999 anche se, ad ogni rinnovo, lo stesso Congresso introduceva emendamenti migliorativi tentando di correggere gli aspetti deteriori della legge.

### 3. Il Regolamento del Dipartimento della Giustizia sugli *Offices of Independent Counsel*

Dopo un lungo dibattito sulla sorte dell'*Ethics Act*, il Congresso, nonostante fossero state presentate diverse proposte di emendamento della legge<sup>24</sup>, preferì non regolare nuovamente la materia, lasciando che fosse il Dipartimento della Giustizia a varare un Regolamento interno. Il *Code of Federal Regulations*, infatti,

---

*of Lawyers, Symposium, Imprudence and Partisanship: Starr's OIC and the Clinton-Lewinsky Affair*, in 68 *Fordham L. Rev.* 639, 1999; R.D. Rotunda, *The Independent Counsel Investigation, the Impeachment Proceedings, and President Clinton's Defense: Inquiries into the Role and Responsibilities of Lawyers, Symposium, Independent Counsel and the Charges of Leaking: A Brief Case Study*, in 68 *Fordham Law Review*, 1999; H.R. Uviller, *The Independent Counsel Investigation, the Impeachment Proceedings, and President Clinton's Defense: Inquiries into the Role and Responsibilities of Lawyers, Symposium, Poorer but Wiser: The Bar Looks Back at Its Contribution to the Impeachment Spectacle*, in 68 *Fordham L. Rev.* 897, 1999.

<sup>23</sup> Molte delle critiche riportate nel testo si possono reperire negli atti della Conferenza Annuale del 1997 della Corte d'Appello del Quarto Distretto (*Court of Appeals for the Fourth District*) che fu dedicata all'istituto del procuratore/consigliere special "The Independent Counsel Process: Is It Broken and How Should It Be Fixed?" Gli atti della Conferenza annuale sono pubblicati in *The Independent Counsel Process: Is It Broken and How Should It Be Fixed?*, *Washington and Lee Law Review*, Volume 54, Issue 4, art. 6. p. 1515. Si veda, anche: A. Dash, *The Office of Independent Counsel and the Fatal Flaw: "They Are Left to Twist in the Wind"*, in *Maryland Law Review*, 60, 2001; V. Tasha, *The evolution of witch hunting: the life and death of the Independent Counsel Act*, Londra, 2000; C.R. Sustain, *Bad incentives and bad Institutions*, in *Georgetown Law Journal*, 2267, 1998.

<sup>24</sup> Cfr. J. Maskell, *Independent Counsel Law Expiration and the Appointment of "Special Counsels"*, CRS Report for Congress, USA, 2002, p. 4 ss.; C. Brown, J.P. Cole, *Special Counsels, Independent Counsels, and Special Prosecutors: Legal Authority and Limitations on Independent Executive Investigations*, CRS 7-5700, USA, 2018, p. 8 ss. Per le proposte di riforma dello statuto prima della sua decadenza si veda: K. Harriger, *Can the independent counsel statute be saved?*, in *Law and Contemporary Problems*, 62, 1998, p. 141ss.; C.H. Schroeder, *Putting law and politics in the right places- Reforming the independent counsel statute*, cit., p. 180 ss.; O.G. Hatch, *The Independent Counsel statute and questions about its future*, in *Law and Contemporary Problems*, 62, 1998, p.152 ss.

al titolo 28 regolante l'Amministrazione della Giustizia, disciplina, al capitolo VI, sezione 600, gli *Offices of Independent Counsel*.

Occorre preliminarmente osservare che la nuova disciplina, a dispetto dall'essere una regolazione interna del Dipartimento della Giustizia, non pregiudica l'autonomia e l'indipendenza degli *special counsels*. Il Regolamento, infatti, pur avendo eliminato la Commissione speciale dei tre giudici federali, ha comunque perseguito il necessario equilibrio tra l'affidabilità delle indagini speciali - che era in parte venuta meno con l'*Ethics Act* - e la loro autonomia rispetto ai controlli dell'Esecutivo ("to strike a balance between independence and accountability in certain sensitive investigations"<sup>25</sup>). Nello stesso tempo, la nuova disciplina, ha codificato la nozione di "conflitto di interessi" che giustifica il ricorso allo *special counsel*: "when the facts create a conflict so substantial or the exigencies of the situation are such that any initial investigation might taint the subsequent investigation, so that it is appropriate for the Attorney General to immediately appoint a Special Counsel"<sup>26</sup>.

Come era facile immaginare, il Regolamento ha accresciuto il ruolo dell'Attorney General nella fase della nomina, stabilendo che, quest'ultimo, nel rispetto degli obblighi generali di informazione delle Commissioni Giustizia di entrambi i rami del Congresso<sup>27</sup>, dopo avere valutato i presupposti sul "se" avviare un'indagine nel caso di notizie di reato riguardanti funzionari pubblici/politici afferenti all'esecutivo e "quando" avviarla<sup>28</sup>, è responsabile *in toto* della nomina del consigliere speciale. Inoltre, il vertice del Dipartimento della Giustizia è abilitato, prima di avviare un'indagine speciale, ad individuare alcune vie alternative, potendo preliminarmente avviare un'indagine interna o potendo rimuovere alcuni pubblici dipendenti dal loro incarico se ritiene che tale atto sia sufficiente a garantire che l'indagine ordinaria possa svolgersi senza incorrere in forme di conflitto di interessi tra gli inquirenti e le persone sotto indagine<sup>29</sup>. Il Regolamento

---

<sup>25</sup> 64 Fed. Reg. 131 (9 luglio 1999), p. 37038, [www.govinfo.gov/content/pkg/FR-1999-07-09/pdf/99-17327.pdf](http://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-1999-07-09/pdf/99-17327.pdf).

<sup>26</sup> *Ibidem*

<sup>27</sup> 28 CFR § 600.9: "Notification and reports by the Attorney General. (a) The Attorney General will notify the Chairman and Ranking Minority Member of the Judiciary Committees of each House of Congress, with an explanation for each action".

<sup>28</sup> In effetti, come precisa il Regolamento, 28 CFR § 600.1: "Grounds for appointing a Special Counsel. The Attorney General, or in cases in which the Attorney General is recused, the Acting Attorney General, will appoint a Special Counsel when he or she determines that criminal investigation of a person or matter is warranted and - (a) That investigation or prosecution of that person or matter by a United States Attorney's Office or litigating Division of the Department of Justice would present a conflict of interest for the Department or other extraordinary circumstances; and (b) That under the circumstances, it would be in the public interest to appoint an outside Special Counsel to assume responsibility for the matter".

<sup>29</sup> 28 CFR § 600.2: "Alternatives available to the Attorney General. When matters are brought to the attention of the Attorney General that might warrant consideration of appointment of a Special Counsel, the Attorney General may: (a) Appoint a Special Counsel; (b) Direct that an initial investigation, consisting of such factual inquiry or legal research as the Attorney General deems appropriate, be conducted in order to better inform the decision; or (c) Conclude that under the circumstances of the matter, the public interest would not be served by removing the investigation from the normal processes of the Department, and that the appropriate component of the Department should handle the matter. If the Attorney General

detta inoltre dei criteri per la scelta del consigliere speciale, il quale deve essere individuato al di fuori del personale impiegato presso l'Amministrazione federale (*outside the federal government*), deve avere una specchiata condotta morale ed un'elevata professionalità in relazione alle specificità delle indagini da compiere<sup>30</sup>.

Quanto ai poteri attribuiti allo *special counsel*, il Regolamento, come sottolineato in premessa, nonostante il maggior peso dell'Attorney General, attribuisce all'incaricato ampi poteri di indagine – analoghi a quelli assegnati ai procuratori federali –, un'autonomia di bilancio e di scelta dello staff<sup>31</sup> e, in accordo con l'Attorney General, anche ulteriori e più specifici poteri inquirenti<sup>32</sup>. Sempre con riferimento ai poteri di indagine, i redattori del Regolamento, memori dei ripetuti tentativi dei componenti dell'Esecutivo di ostacolare le indagini speciali e nell'intento di irrobustire ulteriormente l'autonomia e l'indipendenza dello *special counsel*, hanno stabilito che se quest'ultimo, nel corso delle indagini, accerti che siano stati commessi dei reati federali allo scopo di interferire con l'inchiesta, quali lo spergiuro, l'ostruzione alla giustizia, la distruzione di prove e l'intimidazione dei testimoni, allora è autorizzato ad estendere le indagini anche su tali reati per accertare i colpevoli<sup>33</sup>. Non solo, ma anche le norme che regolano le modalità di

---

reaches this conclusion, he or she may direct that appropriate steps be taken to mitigate any conflicts of interest, such as recusal of particular officials”.

<sup>30</sup> 28 CFR § 600.3: “Qualifications of the Special Counsel. (a) An individual named as Special Counsel shall be a lawyer with a reputation for integrity and impartial decision making, and with appropriate experience to ensure both that the investigation will be conducted ably, expeditiously and thoroughly, and that investigative and prosecutorial decisions will be supported by an informed understanding of the criminal law and Department of Justice policies. The Special Counsel shall be selected from outside the United States Government. Special Counsels shall agree that their responsibilities as Special Counsel shall take first precedence in their professional lives, and that it may be necessary to devote their full time to the investigation, depending on its complexity and the stage of the investigation. (b) The Attorney General shall consult with the Assistant Attorney General for Administration to ensure an appropriate method of appointment, and to ensure that a Special Counsel undergoes an appropriate background investigation and a detailed review of ethics and conflicts of interest issues. A Special Counsel shall be appointed as a “confidential employee” as defined in 5 U.S.C. 7511(b)(2)(C).

<sup>31</sup> 28 CFR § 600.5: “Staff. A Special Counsel may request the assignment of appropriate Department employees to assist the Special Counsel. The Department shall gather and provide the Special Counsel with the names and resumes of appropriate personnel available for detail. The Special Counsel may also request the detail of specific employees, and the office for which the designated employee works shall make reasonable efforts to accommodate the request. The Special Counsel shall assign the duties and supervise the work of such employees while they are assigned to the Special Counsel. If necessary, the Special Counsel may request that additional personnel be hired or assigned from outside the Department. All personnel in the Department shall cooperate to the fullest extent possible with the Special Counsel”.

<sup>32</sup> Cfr. *Special Counsels, Independent Counsels and Special Prosecutors: Options for Independent Executive Investigations*, cit., p. 10: “While these are the original parameters of a special counsel’s jurisdiction, additional matters may be assigned to the special counsel as the inquiry proceeds. To expand the jurisdiction, the special counsel must find such an expansion is necessary to complete the original assignment or necessary to investigate new matters that come to light in the course of his or her investigation”.

<sup>33</sup> 28 CFR § 600.4(a): “Jurisdiction. (a) Original jurisdiction. The jurisdiction of a Special Counsel shall be established by the Attorney General. The Special Counsel will be provided with a specific factual statement of the matter to be investigated. The jurisdiction of a Special Counsel shall also include the authority to investigate and prosecute federal crimes committed in the course of, and with intent to interfere with, the Special Counsel’s investigation, such as

supervisione delle indagini speciali da parte dell'Attorney General ed il correlato potere, in circostanze eccezionali, di rimuovere il consigliere speciale, confermano la finalità di trovare il giusto equilibrio tra la signoria dell'Esecutivo sull'azione penale e l'autonomia delle indagini speciali. Si stabilisce, infatti, che il consigliere speciale sia tenuto a rapportarsi all'Attorney General secondo le modalità che ritiene opportune<sup>34</sup>: ciò significa che, se, da un lato, il consigliere speciale non può condurre un'inchiesta in totale isolamento, ma deve in qualche modo rendere conto all'Attorney General, tuttavia non può nemmeno subire il controllo costante e penetrante del vertice del Dipartimento della Giustizia, il quale può esigere di essere periodicamente aggiornato sui contenuti delle indagini attraverso specifici rapporti. Se, dal contenuto di tali rapporti, l'Attorney General rilevi azioni inappropriate o ingiustificate rispetto alla regolamentazione generale, può prendere esplicita posizione, informando le Commissioni Giustizia del Congresso competenti<sup>35</sup>. Questo passaggio, se adeguatamente motivato, può essere il preludio all'eventuale licenziamento del consigliere speciale che il Regolamento assegna al solo Attorney General o da chi fa le sue veci, ma che non può essere *ad nutum*, dovendo essere giustificato da una *good cause*, ossia da: "misconduct, a dereliction of duty, incapacity, or the existence of conflicts of interest" e deve essere comunicato (con le motivazioni allegate) ai Presidenti della Commissione Giustizia competenti del Congresso ed ai componenti delle minoranze<sup>36</sup>. Indipendentemente da tali esiti, alla fine dell'indagine, il Regolamento prevede che lo *special counsel* trasmetta all'Attorney General un *rapporto confidenziale* nel quale sono illustrate, rispettivamente, le modalità di realizzazione delle indagini – ossia lo staff utilizzato, i provvedimenti giudiziari irrogati, i costi sostenuti, eccetera – ed ovviamente i suoi risultati, ossia le eventuali incriminazioni o assoluzioni

---

perjury, obstruction of justice, destruction of evidence, and intimidation of witnesses; and to conduct appeals arising out of the matter being investigated and/or prosecuted".

<sup>34</sup> 28 CFR § 600.6: "Powers and authority. Subject to the limitations in the following paragraphs, the Special Counsel shall exercise, within the scope of his or her jurisdiction, the full power and independent authority to exercise all investigative and prosecutorial functions of any United States Attorney. Except as provided in this part, the Special Counsel shall determine whether and to what extent to inform or consult with the Attorney General or others within the Department about the conduct of his or her duties and responsibilities".

<sup>35</sup> 28 CFR § 600.7(b): "Conduct and accountability. [...] b) The Special Counsel shall not be subject to the day-to-day supervision of any official of the Department. However, the Attorney General may request that the Special Counsel provide an explanation for any investigative or prosecutorial step, and may after review conclude that the action is so inappropriate or unwarranted under established Departmental practices that it should not be pursued. In conducting that review, the Attorney General will give great weight to the views of the Special Counsel. If the Attorney General concludes that a proposed action by a Special Counsel should not be pursued, the Attorney General shall notify Congress as specified in § 600.9(a)(3)".

<sup>36</sup> 28 CFR § 600.7(d): "Conduct and accountability. [...] d) The Special Counsel may be disciplined or removed from office only by the personal action of the Attorney General. The Attorney General may remove a Special Counsel for misconduct, dereliction of duty, incapacity, conflict of interest, or for other good cause, including violation of Departmental policies. The Attorney General shall inform the Special Counsel in writing of the specific reason for his or her removal".

adottate<sup>37</sup>. A seguito di questo adempimento, la sezione successiva del Regolamento, dedicata agli obblighi di informazione dell'Attorney General, stabilisce che quest'ultimo informi i Presidenti delle Commissioni Giustizia competenti del Congresso ed il rappresentante della minoranza sulle conclusioni delle indagini "upon conclusion of the Special Counsels investigation" illustrando i contenuti delle stesse<sup>38</sup>. L'ultimo comma di tale articolo fissa, infine, alcune restrizioni sull'obbligo di informazione cui è tenuto il vertice del Dipartimento della Giustizia e sul correlato diritto del Congresso e dell'opinione pubblica di essere informati. In generale, infatti, spetta all'Attorney General decidere quali notizie riguardanti la nomina, la rimozione e la conclusione delle indagini dello *special counsel* debbano essere diffuse in ossequio al "pubblico interesse". Quanto, invece, alle altre informazioni da rendere pubbliche durante le indagini, anche da parte dello *special counsel*, ci si affida alle generali prescrizioni previste dalle norme di settore per i procuratori federali ai quali lo *special counsel* è equiparato<sup>39</sup>.

1894

#### 4. Le conclusioni dell'indagine speciale del Russiagate e gli sviluppi successivi

Nella lettera con la quale il vice Attorney General Rosenstein annunciava la nomina dello *special counsel* per indagare sulle presunte interferenze di cittadini russi sulle elezioni presidenziali del 2016<sup>40</sup>, il vertice del Dipartimento della Giustizia, parafrasando il sopracitato 28 CFR § 600.9 sulle indagini speciali, aveva precisato di avere informato l'opinione pubblica della nomina dello *special counsel* Mueller per ragioni di *pubblico interesse* ("in the public interest"). Il 22 marzo 2019, a distanza di ventidue mesi, l'Attorney General, sempre in ossequio al pubblico interesse ex 28 CFR § 600.9, informava i Presidenti delle Commissioni Giustizia dei due rami del Congresso e i due componenti - per ciascuna Commissione - delle

---

<sup>37</sup> 28 CFR § 600.8(c): "Notification and reports by the Special Counsel. [...] c) Closing documentation. At the conclusion of the Special Counsel's work, he or she shall provide the Attorney General with a confidential report explaining the prosecution or declination decisions reached by the Special Counsel".

<sup>38</sup> 28 CFR § 600.9(a)(3): "Notification and reports by the Attorney General. a) The Attorney General will notify the Chairman and Ranking Minority Member of the Judiciary Committees of each House of Congress, with an explanation for each action - [...] 3) Upon conclusion of the Special Counsels investigation, including, to the extent consistent with applicable law, a description and explanation of instances (if any) in which the Attorney General concluded that a proposed action by a Special Counsel was so inappropriate or unwarranted under established Departmental practices that it should not be pursued".

<sup>39</sup> 28 CFR § 600.9(c): "Notification and reports by the Attorney General. [...] c) The Attorney General may determine that public release of these reports would be in the public interest, to the extent that release would comply with applicable legal restrictions. All other releases of information by any Department of Justice employee, including the Special Counsel and staff, concerning matters handled by Special Counsels shall be governed by the generally applicable Departmental guidelines concerning public comment with respect to any criminal investigation, and relevant law".

<sup>40</sup> *Appointment of Special Counsel to investigate Russian interference with the 2016 Presidential election and related matters*, cit.

minoranze sull'esito finale delle indagini<sup>41</sup> e poi, a distanza di due giorni, rendeva pubblica una sintesi del rapporto finale<sup>42</sup>. Con questa anticipazione, dunque, il Congresso e l'opinione pubblica americana erano informati sull'esito e sui principali contenuti delle indagini condotte da Mueller. La lettera di Barr, infatti, era alquanto articolata e suddivideva i contenuti del rapporto finale in quattro sezioni: nella prima, erano illustrate le caratteristiche generali, nelle seconda e terza erano riassunte le conclusioni dell'indagine sui due capi di accusa principali e nella quarta erano anticipate le azioni che l'Attorney General avrebbe intrapreso in futuro. L'idea dell'Attorney General di pubblicare una sintesi del rapporto finale aveva come scopo, probabilmente, di tacitare il Congresso e l'opinione pubblica che avrebbero voluto visionare immediatamente l'intero rapporto, dando così il tempo agli esperti del Dipartimento della Giustizia di revisionarlo e di coprire le parti sensibili con altrettanti *omissis*. La lettera, infatti, era abbastanza esaustiva nella descrizione dei profili salienti dell'indagine, dalla sua gestione alle conclusioni sui principali capi di accusa. Si chiariva, più in dettaglio, lo staff di cui si era avvalso lo *special counsel*, ossia diciannove legali assistiti da circa quaranta agenti dell'FBI, e si enumeravano gli atti formali adottati durante l'indagine, ossia il numero delle ingiunzioni, le richieste di rinvio a giudizio, le condanne, il numero di testimoni sentiti e gli ordini di perquisizione ottenuti. Lo stesso grado di approfondimento era utilizzato nella descrizione delle conclusioni principali dell'indagine, precisandosi, nella sezione sulle interferenze russe nelle elezioni presidenziali del 2016, che lo *special counsel* aveva accertato che il reato di tentativo di cospirazione contro gli Stati Uniti era stato perpetrato in due modi: da un lato, attraverso la società russa *Internet Research Agency* che aveva contaminato il dibattito politico attraverso i *social*; dall'altro, attraverso alcuni ufficiali militari russi che avevano ordinato delle operazioni di hackeraggio sui computer di alcuni collaboratori della sfidante di Trump, Hillary Clinton, per effetto delle quali gli hacker erano venuti in possesso di materiale che avevano poi disseminato - anche attraverso *Wikileaks* - sui *social*, sempre al fine di creare discredito nei riguardi della sfidante di Trump. Tuttavia, si chiariva altresì che, nonostante tali attività criminose fossero dirette ad avvantaggiare Trump, dalle indagini non era risultato alcun coinvolgimento né del Presidente, né del suo staff<sup>43</sup>. In pratica, accanto all'incriminazione per cospirazione dei soggetti di nazionalità russa sopramenzionati, non era stata provata alcuna forma di cooperazione espressa o tacita tra gli stessi ed il Presidente Trump o i suoi collaboratori. In relazione, invece, al secondo filone di indagine - il reato di ostruzione alla giustizia - il resoconto dell'Attorney General aveva un contenuto più criptico, lasciando aperto il dubbio sulla colpevolezza del Presidente. Secondo quanto riportato, nelle conclusioni di Mueller, pur essendosi acclarato che

---

<sup>41</sup> La lettera è consultabile al link [en.wikisource.org/wiki/William\\_Barr\\_Letter\\_-\\_March\\_22\\_2019](https://en.wikisource.org/wiki/William_Barr_Letter_-_March_22_2019).

<sup>42</sup> Letter to House and Senate Judiciary Committees, 24 marzo 2019, [judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/AG%20March%2024%202019%20Letter%20to%20House%20and%20Senate%20Judiciary%20Committees.pdf](https://judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/AG%20March%2024%202019%20Letter%20to%20House%20and%20Senate%20Judiciary%20Committees.pdf):

<sup>43</sup> *ibidem*: "the investigation did not establish that members of the Trump campaign conspired or coordinated with the Russian government in its election interference activities"

Trump avesse tentato di chiudere l'indagine anzitempo, anche sollecitando l'intervento del vice Attorney General per rimuoverlo dall'incarico, tuttavia, non erano emerse condotte tali da fare incriminare il Presidente per ostruzione alla giustizia. Su questo specifico punto, l'Attorney General, nel riportare le esatte parole utilizzate da Mueller ("while this report does not conclude that the President committed a crime, it also does not exonerated him"), aggiungeva immediatamente dopo - e con grande tempismo - di essersi consultato con gli specialisti della materia del Dipartimento della Giustizia e dell'Ufficio legale e di avere deciso che il Presidente dovesse essere definitivamente assolto<sup>44</sup>. L'Attorney General, infatti, dopo avere chiarito che, in generale, il reato di ostruzione alla giustizia rileva quando, senza ragionevole dubbio, una persona agisce intenzionalmente per effettivamente ostruire un procedimento in corso, "acting with corrupt intent, engaged in obstructive conduct with a sufficient nexus to a pending or contemplated proceeding", giungeva alla conclusione che nessuna delle condotte presidenziali, sia quelle collegate alle sue esternazioni pubbliche, sia quelle aventi ad oggetto le specifiche richieste indirizzate al suo staff integrava il reato di ostruzione alla giustizia. Ciò detto, restava da chiarire al Congresso il perché della mancata pubblicazione del rapporto finale. A questo fine è dedicata l'ultima sezione del resoconto - *status of the Department's review* - nella quale Barr rammentava la natura giuridica del "Rapporto Finale", il quale, come statuito dal Regolamento del Dipartimento della Giustizia, ha natura "confidenziale" e pertanto, considerando che nel rapporto di Mueller erano presenti dati e notizie sensibili su procedimenti penali ancora in corso, era opportuno evitare che tali informazioni divenissero pubbliche; nello stesso tempo si dovevano espungere dalla versione integrale degli ulteriori dati sensibili che si riferivano - ma non solo - ad informazioni e comunicazioni riservate dell'inchiesta<sup>45</sup>. Non tutte queste informazioni, in definitiva, potevano essere trasmesse al Congresso e, quindi, all'opinione pubblica e pertanto, a norma di Regolamento ed in ossequio al "pubblico interesse", spettava all'Attorney General decidere cosa escludere dalla versione integrale del rapporto<sup>46</sup>.

Nonostante i tecnici del Dipartimento della Giustizia avessero immediatamente iniziato il lavoro di revisione del rapporto finale finalizzato, per l'appunto, ad espungere i dati e le informazioni sensibili, a distanza di tre giorni dalla pubblicazione della sintesi (ossia il 27 marzo), Mueller recapitò, a sua volta, una missiva all'Attorney General esprimendogli il suo disappunto perché la

---

<sup>44</sup> *ibidem*. L'Attorney General è preciso sul punto ed afferma che, in generale, il reato di ostruzione alla giustizia rileva quando senza ragionevole dubbio una persona "acting with corrupt intent, engaged in obstructive conduct with a sufficient nexus to a pending or contemplated proceeding". Ebbene, conclude Barr, dopo aver analizzato le condotte presidenziali molte delle quali estrinsecatesi in dichiarazioni pubbliche, non esiste alcuna di esse che integri la fattispecie astratta sopra descritta di ostruzione alla giustizia.

<sup>45</sup> *Ibidem*: "Separately I also must identify any information that could impact other ongoing matters, including those that the Special Counsel referred to other officers".

<sup>46</sup> *Ibidem*: "As I have observed in my initial notification the Special Counsel Regulation provided that «the Attorney General may determine that public release of» notifications to your respective Committee «would be in the public interest»".



“sintesi” pubblicata, a suo parere, non catturava pienamente il contesto, la natura e la sostanza, delle sue indagini (“*did not fully capture (...)*”) e rischiava di ingenerare confusione sull’opinione pubblica tradendo le ragioni e lo spirito stesso dell’istituto dello *special counsel*, che, come ricordato dallo stesso Mueller, è quello di assicurare “full public confidence in the outcome of the investigations”<sup>47</sup>.

#### 4.1. La versione “ridotta” del rapporto Mueller trasmessa dall’Attorney General Barr alle Commissioni Giustizia del Congresso ed il rischio di una crisi costituzionale

Incalzato dai rappresentanti del partito democratico presenti nelle due Commissioni Giustizia del Congresso, l’Attorney General accelerò l’invio del rapporto finale che fu trasmesso il 18 aprile. Il rapporto, come anticipato, non fu inviato nella versione integrale, ma diverse parti furono coperte da altrettanti *omissis*. Queste omissioni scontentarono i rappresentanti democratici delle due Commissioni Giustizia che avevano il sospetto che le parti coperte da segreto contenessero dichiarazioni e/o comportamenti compromettenti del Presidente Trump dai quali si sarebbero potute evincere sue, gravi, responsabilità politiche. A corroborare questa idea vi era la circostanza che lo stesso Barr, benché lo *special counsel* avesse chiesto al Dipartimento della Giustizia di valutare con attenzione le prove raccolte contro il Presidente, lo aveva repentinamente assolto (cfr. *supra*, par.3). Pertanto, il Presidente della Commissione Giustizia della Camera dei Rappresentanti Nadler, il 18 aprile successivo, presentò un’istanza urgente di accesso agli atti chiedendo all’Attorney General l’acquisizione della versione integrale del rapporto: in dettaglio, la *subpoena* presentata al Dipartimento della Giustizia non escludeva praticamente nulla dagli atti processuali dell’indagine<sup>48</sup>.

L’Attorney General, a quel punto, invitò alcuni rappresentanti della Commissione a visionare, nel Dipartimento della Giustizia, una versione più

---

<sup>47</sup> La lettera, datata 27 marzo 2019, è consultabile al link [www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2019/06/mueller-letter-to-barr-march-27.pdf](http://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2019/06/mueller-letter-to-barr-march-27.pdf). Si riporta parte del testo: “The summary letter the Department sent to Congress and released to the public late in the afternoon of March 24 did not fully capture the context, nature, and substance of this Office’s work and conclusions. We communicated that concern to the Department on the morning of March 25. There is now public confusion about critical aspects of the results of our investigation. This threatens to undermine a central purpose for which the Department appointed the Special Counsel: to assure full public confidence in the outcome of the investigations”. La sintesi di Barr creava confusione anche sulle funzioni e responsabilità dei diversi attori costituzionali come lo stesso Mueller ribadisce: “There is now public confusion about critical aspects of the results of our investigation. This threatens to undermine a central purpose for which the Department appointed the Special Counsel: to assure full public confidence in the outcome of the investigations”.

<sup>48</sup> *Subpoena by Authority of the House the Representatives of the Congress of the United States of America to William P. Barr*, 18 april 2019, [judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/Mueller%20Report%20Subpoena%204.18.19.pdf](http://judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/Mueller%20Report%20Subpoena%204.18.19.pdf): “You are hereby required to produce the following in accordance with the attached Definitions and Instructions: 1. The complete and unredacted version of the report submitted on or about March 22, 2019 by Special Counsel Robert Mueller [...]. This includes, but is not limited to, all summaries, exhibits, indices, tables of contents or other tables or figures, appendices, supplements, addenda or any other attachments whether written or attached in a separate electronic format. 2. All documents referenced in the Report. 3. All documents obtained and investigative materials created by the Special Counsel’s Office”.

completa del rapporto, anche se non quella integrale<sup>49</sup>, ma il Presidente Nadler, dopo aver ribadito di voler acquisire la versione integrale del rapporto e la documentazione richiesta nella *subpoena*<sup>50</sup>, convocò in Commissione l'Attorney General mettendo all'ordine del giorno la sua incriminazione per oltraggio al Congresso<sup>51</sup>. Barr, di contro, non solo non si presentò all'audizione, ma il giorno della seduta della Commissione, l'8 maggio, chiese ed ottenne dal Presidente Trump di porre l'*executive privilege* sul rapporto Mueller e sul resto della documentazione richiesta<sup>52</sup>. Tecnicamente, richiamando un parere dell'Attorney General Janet Reno reso in una simile vicenda durante il mandato del Presidente Clinton, fu emanato un provvedimento provvisorio avente lo stesso effetto, un *protective assertion of executive privilege*<sup>53</sup>. Quello stesso giorno, la Commissione votò l'incriminazione di Barr per oltraggio al Congresso con una maggioranza di 24 a 16 a favore. A commento di quel voto ed in attesa della pronuncia dell'intera Camera dei Rappresentanti, il Presidente Nadler giustificava l'azione della Commissione Giustizia come il corretto esercizio del diritto costituzionalmente riconosciuto del Congresso di valutare l'affidabilità del Presidente dell'esecutivo "Our fight is about defending the rights of Congress, as an independent branch, to hold the president accountable"<sup>54</sup>. Occorre osservare che i file richiesti dalla Commissione Giustizia constavano di milioni di pagine ed includevano materiale classificato di almeno due dozzine di procedimenti penali che non si erano ancora conclusi. L'Attorney General, a sua difesa, aveva richiamato il noto precedente della *Linder Letter*<sup>55</sup>, ai sensi del quale il Dipartimento della Giustizia aveva precisato all'allora Presidente della sottocommissione "On Rules and Organizations" della Camera dei Rappresentanti – John Linder, per l'appunto – i principi che regolavano la cooperazione tra il potere legislativo ed il potere giudiziario circa l'accesso al materiale sensibile collegato ai procedimenti penali. In quella sede fu chiarito che il principio della separazione dei poteri limita significativamente l'accesso al materiale sensibile delle indagini penali<sup>56</sup>, precisandosi che, se così non fosse, il potere legislativo diverrebbe un "partner" dell'esecutivo nella gestione di

<sup>49</sup> *Response to Chairman Nadler Subpoena*, 1° Maggio 2019, [judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/Response%20to%20Chairman%20Nadler%20subpoena\\_1%20May%202019.pdf](https://judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/Response%20to%20Chairman%20Nadler%20subpoena_1%20May%202019.pdf).

<sup>50</sup> *Letter to Barr*, 3 maggio 2019, [judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/5.3.2019%20Letter%20to%20Barr.pdf](https://judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/5.3.2019%20Letter%20to%20Barr.pdf).

<sup>51</sup> *Contempt notice for Barr*, 5 maggio 2019, [judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/FINAL%20BARR%20Contempt%20Report%20Barr%205.6.19.pdf](https://judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/FINAL%20BARR%20Contempt%20Report%20Barr%205.6.19.pdf).

<sup>52</sup> La lettera con la quale l'Attorney General chiede al Presidente di porre l'*executive privilege* è scaricabile in [judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/5-8-19%20Barr%20Letter%20to%20President%20re%20Protective%20Assertion%20of%20EP%20%28signed%29%20%28003%29.pdf](https://judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/5-8-19%20Barr%20Letter%20to%20President%20re%20Protective%20Assertion%20of%20EP%20%28signed%29%20%28003%29.pdf).

<sup>53</sup> Il documento è scaricabile in [judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/Chairman%20Nadler%20letter\\_8%20May%202019%20%28003%29.pdf](https://judiciary.house.gov/sites/democrats.judiciary.house.gov/files/documents/Chairman%20Nadler%20letter_8%20May%202019%20%28003%29.pdf).

<sup>54</sup> Le dichiarazioni sono riportate da tutti i media. Tra questi, [www.nytimes.com/2019/05/08/us/politics/trump-executive-privilege-mueller-report.html?action=click&module=Top%20Stories&pgtype=Homepage](https://www.nytimes.com/2019/05/08/us/politics/trump-executive-privilege-mueller-report.html?action=click&module=Top%20Stories&pgtype=Homepage).

<sup>55</sup> Il testo della *Linder letter*, 27 gennaio 2000, è scaricabile in [www.justice.gov/file/1080046/download](https://www.justice.gov/file/1080046/download).

<sup>56</sup> *Ibidem*: "precluded congressional access to otherwise confidential investigative files".

una funzione – la titolarità dell’azione penale – che invece appartiene unicamente a quest’ultimo<sup>57</sup>. In applicazione di questo principio, il Dipartimento della Giustizia poteva trattenere sia la documentazione su procedimenti penali ancora in corso (“open matters, namely ongoing investigations and criminal prosecutions”), sia le deliberazioni interne degli inquirenti (“and internal Justice Department prosecutorial deliberations”). Barr, dunque, replicava alle richieste del presidente Nadler eccependo i contenuti di questo documento e richiamando la pronuncia della Corte Suprema relativa al caso *United States v. Nixon*<sup>58</sup> che parimenti era richiamata dalla *Linder letter*. Anche la Corte Suprema, infatti, aveva applicato questi principi, asserendo che nel sistema costituzionale statunitense il principio di separazione rigida dei poteri soffre di pochissime eccezioni tra le quali non rientra un diritto assoluto del sistema giudiziario di conoscere tutti i dati sensibili, come ad esempio le conversazioni tra il Presidente ed il suo staff, e che lo stesso vale, all’opposto, per gli atti interni di un’indagine (*judicial deliberations*) rispetto al diritto del Congresso di conoscerne i contenuti. In quella sede, la Corte aveva applicato il principio del *chilling effect* asserendo che se le informazioni sensibili di un’indagine potessero essere liberamente divulgate<sup>59</sup> per soddisfare il diritto ad essere informata dell’opinione pubblica, si verificherebbe, nel concreto, che i vertici dell’Esecutivo, analogamente agli inquirenti di un’indagine, eviterebbero di esprimersi liberamente nella valutazione delle azioni da intraprendere, con l’effetto di danneggiare l’intero processo costituzionale di formazione delle decisioni politiche (ed analogamente di quelle giudiziarie)<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> *Ibidem*: “as provision of such materials would make the legislative branch a “partner” in what is a uniquely executive branch function: criminal law enforcement”.

<sup>58</sup> 418 U.S. 683, *United States v. Nixon* (no. 73-1766), 24 luglio 1974, [www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/683](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/683).

<sup>59</sup> Nella pronuncia, infatti, l'*executive privilege* era stato opposto alle richieste dello *special counsel* di acquisizione delle registrazioni e di altra documentazione inerente le conversazioni tra il Presidente Nixon ed altre persone. In quella sede, la Corte Suprema aveva chiaramente affermato la necessità di bilanciare gli interessi in gioco, rispettivamente dell’Esecutivo e del Giudiziario, ammettendo che l’azione penale non poteva essere tutelata in assoluto, ma anche la libertà di un Presidente di conversare col proprio staff e di valutare le diverse situazioni connesse al suo mandato erano, complessivamente, situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela: “Since we conclude that the legitimate needs of the judicial process may outweigh Presidential privilege, it is necessary to resolve those competing interests in a manner that preserves the essential functions of each branch. The right and indeed the duty to resolve that question does not free the Judiciary from according high respect to the representations made on behalf of the President”. In particolare, con riferimento alla corrispondenza ed alle conversazioni del Presidente, la Corte aveva precisato che “The expectation of a President to the confidentiality of his conversations and correspondence, like the claim of confidentiality of judicial deliberations, for example, has all the values to which we accord deference for the privacy of all citizens and, added to those values, is the necessity for protection of the public interest in candid, objective, and even blunt or harsh opinions in Presidential decision making. A President and those who assist him must be free to explore alternatives in the process of shaping policies and making decisions, and to do so in a way many would be unwilling to express except privately. These are the considerations justifying a presumptive privilege for Presidential communications. The privilege is fundamental to the operation of Government, and inextricably rooted in the separation of powers under the Constitution”.

<sup>60</sup> *Ibidem*: “Human experience teaches that those who expect public dissemination of their remarks may well temper candor with a concern for appearances and for their own interests to the detriment of the decision-making process”.

Dato atto dei precedenti esistenti in materia, occorre però osservare che le richieste della Commissione Giustizia della Camera dei Rappresentanti rientravano in una strategia politica molto chiara del partito democratico: acquisire notizie su eventuali azioni e/o comportamenti del Presidente Trump utili all'avvio di una procedura di impeachment o comunque idonei ad offuscare l'operato presidenziale in vista delle imminenti elezioni del 2020; in questa prospettiva, i democratici erano convinti che nelle "deliberazioni interne" degli inquirenti e nella altre parti segretate dal Dipartimento della Giustizia esistesse del materiale utile ai loro scopi. A corroborare questa linea vi erano alcuni passaggi del rapporto di Mueller nei quali gli *omissis*, effettivamente, erano posti in modo da far pensare ad un tentativo di occultare informazioni potenzialmente rilevanti dal punto di vista politico-costituzionale. Per fare un esempio, a pp. 53-54 del Volume I del rapporto si faceva riferimento al comportamento del collaboratore di Trump, Paul Manafort<sup>61</sup>, nella vicenda relativa alla utilizzazione da parte dello staff di Trump del materiale trasmesso dall'organizzazione *Wikileaks*. La versione del rapporto trasmessa al Congresso era la seguente: "[REDACTED] Manafort also [REDACTED] wanted to be kept apprised of any developments with WikiLeaks and separately told Gates [è il socio di affari di Manafort che fornirà una testimonianza chiave per la condanna di Manafort] to keep in touch [REDACTED] about future WikiLeaks releases. According to Gates, by the late summer of 2016, the Trump Campaign was planning a press strategy, a communications campaign, and messaging based on the possible release of Clinton emails by WikiLeaks. [REDACTED] while Trump and Gates were driving to LaGuardia Airport. [REDACTED], shortly after the call candidate Trump told Gates that more releases of damaging information would be coming. [REDACTED]"<sup>62</sup>. Ebbene, le parti coperte dagli *omissis*, come argomentato da Barr e dai rappresentanti democratici, potevano prestarsi ad una duplice valutazione: da un lato, e secondo la visione di Barr, gli *omissis* celavano gli atti di un procedimento penale in corso - probabilmente quello riguardante la falsa testimonianza di Roger Stone Jr., l'ex consulente di Trump che aveva dichiarato agli inquirenti di essere estraneo a quei fatti - ; dall'altro, e secondo la visione dei rappresentanti democratici al Congresso, le parti coperte da *omissis* potevano contenere delle valutazioni e/o dichiarazioni idonee a dimostrare che il team di Trump avesse fattivamente cooperato con l'organizzazione *Wikileaks* per denigrare la sfidante Hillary Clinton<sup>63</sup>. Questi comportamenti, pur non configurando un reato, in quanto *Wikileaks* non era stata incriminata da Mueller perché non aveva cooperato con i russi per hackerare le email della Clinton,

<sup>61</sup> Paul Manafort, consulente del Partito repubblicano e responsabile della campagna elettorale di Donald Trump durante le elezioni presidenziali del 2016, è stato condannato nel 2018 per frode fiscale e bancaria.

<sup>62</sup> Come già indicato *supra* (v. nota 1), il testo, con i relativi *omissis*, del cd. *Mueller Report* è stato pubblicato a marzo 2019 ed è reperibile al link [www.justice.gov/storage/report.pdf](http://www.justice.gov/storage/report.pdf).

<sup>63</sup> Si veda, New York Times, 18 Aprile 2019, *Excerpts and Analysis From the Mueller Report*, scaricabile in [www.nytimes.com/2019/04/18/us/politics/the-mueller-report-excerpts.html](http://www.nytimes.com/2019/04/18/us/politics/the-mueller-report-excerpts.html).

avrebbero comunque potuto svelare al Congresso ed all'opinione pubblica come Trump ed il suo staff operassero durante la campagna elettorale.

#### 4.2. Tecnica redazionale del “Rapporto Finale” e dichiarazioni di Mueller sulle rispettive competenze e “doveri” istituzionali

L'ultimo aspetto riguardante il rapporto finale sul quale è opportuno soffermarsi ha ad oggetto lo stile adottato da Mueller e, più in generale, le modalità redazionali seguite. Mueller utilizza uno stile decisamente asciutto, preferendo riportare i fatti esattamente come riferiti dai testimoni senza esprimere alcun giudizio personale. In questo modo, lo *special counsel* evita di influenzare il lettore, ma, opportunamente, gli permette di formarsi un'opinione diretta sui fatti di causa. Un esempio rilevante dal quale si può evincere questa tecnica redazionale riguarda proprio le richieste di Trump al suo ex consigliere giuridico McGahn di far rimuovere lo *special counsel*. Mueller, nel Vol. II, a pagina 5-6, riporta i fatti esattamente come si sono verificati, senza aggiungere commenti, ma facendo direttamente “parlare” le prove raccolte: “In early 2018, the press reported that the president had directed McGahn to have the special counsel removed in June 2017 and that McGahn had threatened to resign rather than carry out the order. The president reacted to the news stories by directing White House officials to tell McGahn to dispute the story and to create a record stating he had not been ordered to have the special counsel removed. McGahn told those officials that the media reports were accurate in stating that the president had directed McGahn to have the special counsel removed. The president then met with McGahn in the Oval Office and again pressured him to deny the reports. In the same meeting, the president also asked McGahn why he had told the special counsel about the president's effort to remove the special counsel and why McGahn took notes of his conversation with the president. McGahn refused to back away from what he remembered happening and perceived the president to be testing his mettle”<sup>64</sup>.

Nonostante questa tecnica redazionale e benché lo *special counsel* avesse più volte ribadito che era proprio il rapporto finale a parlare a suo nome, Mueller, poco prima di congedarsi definitivamente dall'ufficio di funzionario del Dipartimento della Giustizia, “rompeva il silenzio” e decideva di presentarsi in pubblico per rilasciare un'ulteriore dichiarazione sul filone di indagine riguardante il Presidente Trump<sup>65</sup>. Non è dato sapere, mentre si scrive, se queste dichiarazioni siano le ultime dello *special counsel*, il quale, nei giorni precedenti, era stato ripetutamente invitato dalle Commissioni Giustizia del Congresso a riferire sui diversi *omissis* del rapporto<sup>66</sup>, ma aveva preferito soprassedere per evitare ulteriori polemiche e

<sup>64</sup> *Mueller Report*, cit., vol. I, pp. 5-6.

<sup>65</sup> Il riferimento è alle dichiarazioni, sopra già citate (v. nota 2), del 29 maggio, riportate da tutti i media. Il NY Times offre il video della conferenza stampa e la trascrizione: [www.nytimes.com/2019/05/29/us/politics/mueller-transcript.html](http://www.nytimes.com/2019/05/29/us/politics/mueller-transcript.html).

<sup>66</sup> Il Presidente della Commissione Giustizia della Camera dei Rappresentanti, Nadler, subito dopo l'uscita di Mueller affermava infatti soddisfatto: “Mr. Mueller told us a lot of what we need to hear today”. Tuttavia, il Presidente della *House Intelligence*, Adam Schiff, uno dei più convinti ad esigere l'audizione di Mueller, non cambiava idea dopo le dichiarazioni di quest'ultimo insistendo per convocare l'ex *special counsel*: “While I understand his reluctance

perché, comunque, sarebbe dovuto essere autorizzato dall'Attorney General essendo a tutti gli effetti un funzionario ministeriale. Peculiarmente, però, con le dichiarazioni del 28 maggio 2019, lo *special counsel*, pur ribadendo che il rapporto finale costituisce la sua sola ed unica testimonianza sull'inchiesta (“It's important the office's written work speaks for itself [...] The report is my testimony<sup>67</sup>”) sembra voler evidenziare al Congresso ed all'opinione pubblica americana un ulteriore aspetto, ossia l'*actio finium regundorum* della sua indagine e, di conseguenza, i confini e contenuti delle competenze altrui. Nello specifico, in un discorso di diversi minuti, lo *special counsel*, senza rispondere ad alcuna domanda dei giornalisti, ha voluto anzitutto rammentare i meriti inopinatamente messi in secondo piano della sua indagine, ossia l'incriminazione di persone ed enti di nazionalità russa del reato di interferenza nelle elezioni americane. In secondo luogo, pronunciandosi nuovamente sul “caso” Trump, Mueller, dopo avere precisato che questo filone di indagine è stato di fondamentale importanza (“[...]of paramount importance”) e dopo avere sottolineato le difficoltà incontrate nell'inchiesta a causa della reticenza o della falsità delle dichiarazioni rese da diverse persone sotto indagine<sup>68</sup>, ha voluto, nuovamente e forse definitivamente, fare chiarezza, più che sulle “conclusioni” dell'inchiesta sul “perché” si fosse giunti a tali conclusioni. Trattasi, probabilmente, di quel “contesto” dell'indagine che l'Attorney General, nel resoconto del 24 marzo, aveva superficialmente trascurato, ma che Mueller riteneva invece di primaria importanza al punto da rammentarglielo con la missiva inviata tre giorni dopo (cfr. *supra*, par. n. 3).

Andando nello specifico, Mueller ribadiva nuovamente l'esito finale dell'indagine sul filone Trump, ricorrendo alla “nota” frase ipotetica, ossia che se le indagini avessero chiaramente dimostrato la *non colpevolezza* di Trump, gli inquirenti lo avrebbero espressamente dichiarato nel rapporto finale – “If we had had confidence that the President clearly did not commit a crime, we would have said so”<sup>69</sup>; dopo di che, lo *special counsel* precisava meglio l'altro concetto chiave dell'indagine, ossia che, poiché le *guidelines* del Dipartimento della Giustizia non gli consentivano di incriminare un Presidente in carica – “the Justice Department guidelines did not allow me to charge a sitting President” – di conseguenza – “and as a result” – il suo ufficio non aveva stabilito se Trump avesse commesso il reato

---

to answer hypotheticals or deviate from the carefully worded conclusions he drew on his charging decisions, there are, nevertheless, a great many questions he can answer that go beyond the report, including any counterintelligence issues and classified matters that were not addressed in his findings”. La stessa Presidente della Camera dei Rappresentanti Nancy Pelosi affermava che l'audizione si sarebbe dovuta tenere anche nell'interesse dello stesso Mueller: “Yes, I think it would be useful for him to testify before Congress”. Tutte queste dichiarazioni sono state riportate dai media, tra cui si indica: [edition.cnn.com/2019/05/29/politics/robert-mueller-special-counsel-investigation/index.html](http://edition.cnn.com/2019/05/29/politics/robert-mueller-special-counsel-investigation/index.html).

<sup>67</sup> Si veda, a tal fine, la trascrizione completa del discorso di Mueller, scaricabile in [www.nytimes.com/2019/05/29/us/politics/mueller-transcript.html](http://www.nytimes.com/2019/05/29/us/politics/mueller-transcript.html)

<sup>68</sup> *Ibidem*: - “the matters we investigated were of paramount importance. It was critical for us to obtain full and accurate information from every person we questioned. When a subject of an investigation obstructs that investigation or lies to investigators, it strikes at the core of their government's effort to find the truth and hold wrongdoers accountable”.

<sup>69</sup> *Ibidem*

di ostruzione della giustizia – “my office did not determine whether Trump had committed obstruction of justice” - <sup>70</sup>. Mueller sembra dunque sottolineare il fatto che a questa conclusione non si era pervenuti perché Trump fosse esente da colpe, ma perché il Presidente non era tecnicamente incriminabile. In definitiva, lo *special counsel*, anticipando la lettura di Trump e dei suoi sodali repubblicani sulle conclusioni dell’indagine - ossia l’assoluzione del Presidente per insufficienza di prove - decide di insistere sul richiamato “contesto generale” ed entrando nel merito lo chiarisce meglio all’opinione pubblica americana. Richiamando infatti quanto riportato nell’introduzione al II Volume del *final report*, lo *special counsel* sottolinea che nella politica del Dipartimento della Giustizia è costituzionalmente vietato accusare di un crimine federale un Presidente in carica; tale azione, infatti, sarebbe incostituzionale anche se le indagini fossero condotte in totale segretezza: tutti i procuratori federali, pertanto, e lo stesso ufficio dello *special counsel* – che è parte del Dipartimento della Giustizia – devono rispettare queste regole. Alla luce di queste precisazioni, Mueller arguisce che l’incriminazione del Presidente degli Stati Uniti è un’opzione che il suo Ufficio non ha potuto prendere in considerazione in quanto era unicamente tenuto a compiere le indagini sul crimine di ostruzione alla giustizia, senza però concluderle<sup>71</sup>. Il valore aggiunto delle dichiarazioni pubbliche di Mueller sembra collegarsi a questo profilo del contesto giuridico delle indagini speciali che a suo parere non è assolutamente marginale: nel sistema costituzionale statunitense, in definitiva, né gli *special counsels*, né le procure federali possono incriminare un Presidente dell’esecutivo mentre è in carica, spetta ad “altri” farlo (“ [...] the Constitution requires a process other than the criminal justice system to formally accuse a sitting president of wrongdoing [...]”).

“Parlare a nuora, perché suocera intenda”, quindi!. Se così è, allora il problema maggiore è quello degli ulteriori elementi di prova presenti tra gli *omissis* del rapporto finale e nel resto della documentazione processuale che tuttavia difficilmente verranno svelati dallo *special counsel*. Anche su tale punto Mueller è stato chiaro, precisando, alla fine dell’intervento, che non avrebbe svelato il loro contenuto anche se fosse stato convocato ad un’audizione dal Congresso, in quanto la sua testimonianza non poteva andare oltre il contenuto del rapporto finale reso pubblico dall’Attorney General<sup>72</sup>. Tecnicamente, dunque, se “suocera intenderà”, potrebbe riaprirsi il dibattito sul “se” le prescrizioni contenute nel Regolamento interno del Dipartimento della Giustizia siano compatibili con il diritto costituzionalmente riconosciuto del Congresso di conoscere i contenuti sensibili

---

<sup>70</sup> *Ibidem*

<sup>71</sup> *Ibidem*, “The introduction to the Volume II of our report explains that decision. It explains that under longstanding department policy, a president cannot be charged with a federal crime while he is in office. That is unconstitutional. Even if the charge is kept under seal and hidden from public view, that, too, is prohibited. A special counsel’s office is part of the Department of Justice, and by regulation, it was bound by that department policy. Charging the president with a crime was therefore not an option we could consider”.

<sup>72</sup> “There has been discussion about an appearance before Congress. Any testimony from this office would not go beyond our report. It contains our findings and analysis and the reasons for the decisions we made. We chose those words carefully, and the work speaks for itself. And the report is my testimony. I would not provide information beyond that which is already public in any appearance before Congress”.

di un rapporto finale di un'indagine speciale, qualora, tali contenuti siano strumentali al diritto dello stesso Congresso di avviare, sussistendone i presupposti, l'azione di accusa contro il Presidente dell'esecutivo<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> In questo senso, il Presidente della Commissione Giustizia dei Rappresentanti, Nadler, sembra raccogliere il suggerimento: “Given that special counsel Mueller was unable to pursue criminal charges against the President, it falls to Congress to respond to the crimes, lies and other wrongdoing of President Trump - and we will do so. No one, not even the President of the United States, is above the law”, [judiciary.house.gov/news/press-releases/chairman-nadler-response-special-counsel-muellers-statements-conclusion](https://www.judiciary.house.gov/news/press-releases/chairman-nadler-response-special-counsel-muellers-statements-conclusion). Analogamente, il deputato democratico Cory Booker del New Jersey, fino ad allora abbastanza cauto sull'impeachment, dopo l'uscita pubblica dello *special counsel* twittava: “Robert Mueller's statement makes it clear: Congress has a legal and moral obligation to begin impeachment proceedings immediately” (il *tweet*, insieme ad altre reazioni politiche, è riportato in [edition.cnn.com/2019/05/29/politics/2020-cory-booker-impeachment/index.html](https://edition.cnn.com/2019/05/29/politics/2020-cory-booker-impeachment/index.html)). Al contrario, il Presidente Trump, ribadiva in un *tweet*: “Nothing changes from the Mueller Report. There was insufficient evidence and therefore, in our Country, a person is innocent. The case is closed! Thank you”, [twitter.com/realdonaldtrump/status/1133759237136494592](https://twitter.com/realdonaldtrump/status/1133759237136494592)



# La cooperazione strutturata permanente dell'Unione europea: disciplina, prassi e ruolo nell'integrazione in materia di difesa comune

di Luca Paladini

**Abstract: The Permanent Structured Cooperation: Rules, Practice and Role in the European Defence Cooperation** – The Permanent Structured Cooperation (PeSCo) provided by for Articles 42 and 46 TEU is a permanent framework for closer cooperation in the field of defence within the EU. It has been established in December 2017 among 25 EU Member States and operationally launched in 2018. Currently there are 34 PeSCo projects covering areas such as training, land, maritime, air, cyber, and joint enablers. What role can PeSCo play in driving the EU towards a common defence policy and, in a future perspective, to a common defence? Moreover, what role for the European Parliament and the Commission in this markedly intergovernmental domain? This contribution aims at giving a comprehensive picture of PeSCo and tries to answer to those questions.

**Keywords:** European Union; Common Security and Defence Policy; Permanent Structured Cooperation; Defence; EU peace missions.

1905

---

## 1. Introduzione

Nel recente Consiglio “Affari esteri” del 17 giugno 2019, i ministri degli esteri e della difesa hanno preso atto dei notevoli progressi realizzati per rafforzare la sicurezza interna ed esterna dell'Unione europea, anche attraverso gli interventi lanciati nell'ambito della Politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC), accogliendo altresì con favore il completamento del primo ciclo operativo della cooperazione strutturata permanente (PeSCo, dall'inglese *Permanent Structured Cooperation*) e invitando gli Stati membri partecipanti a proseguirne i lavori.<sup>1</sup>

Introdotta dal Trattato di Lisbona al fine di realizzare una più stretta cooperazione tra gli Stati membri in materia di sviluppo delle capacità difensive, la PeSCo è stata istituita da qualche anno e – come emerge dalle conclusioni del Consiglio del 17 giugno 2019 – solo di recente è stata concretamente avviata. Trattasi di una forma di cooperazione piuttosto promettente, poiché presenta dei tratti fortemente operativi che la rendono funzionale non solo alla conduzione delle operazioni militari avviate in ambito PSDC, ma anche alla realizzazione

---

<sup>1</sup> Consiglio “Affari esteri”, conclusioni - 17 giugno 2019, punti 20 ss.

degli ambiziosi obiettivi, previsti *in primis* dall'art. 42, co. 2, TUE<sup>2</sup>, di dare vita a una politica di difesa europea e, in prospettiva, a una vera e propria difesa comune europea. D'altronde, tale ampio potenziale pare emergere anche da quanto l'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (Alto Rappresentante) ha affermato a margine del Consiglio "Affari esteri" dell'11 dicembre 2017, nel quale, come vedremo, è stato dato avvio alla PeSCo: "We have activated a Permanent Structured Cooperation on Defence – ambitious and inclusive. 25 Member States have committed to join forces on a regular basis, to do things together, spend together, invest together, buy together, act together. The possibilities of the Permanent Structured Cooperation are immense".<sup>3</sup>

Che la PeSCo possa condurre a tali ambiziosi, nonché auspicabili, sviluppi in materia di difesa comune – non del tutto nuovi, come si dirà<sup>4</sup> – è quanto intendiamo sostenere nel presente contributo, partendo innanzitutto dall'esame della disciplina giuridica contenuta nel Trattato di Lisbona.

## 2. La disciplina primaria della PeSCo: aspetti generali

Sul piano generale, la disciplina della PeSCo è contenuta nel quadro giuridico della PSDC, cui si applicano le norme relative alla Politica estera e di sicurezza comune (PESC), di cui è parte integrante.<sup>5</sup> Valgono per la PSDC le specificità del "metodo PESC". Pertanto, anche la PSDC è soggetta a norme e procedure

<sup>2</sup> Cfr. anche il preambolo del TUE e l'art. 21, co.1 TUE, nonché l'art. 2, par. 4, TFUE.

<sup>3</sup> EEAS, *Permanent Structured Cooperation – PESCO. Deepening Defence Cooperation among EU Member States*, Factsheet, November 2018.

<sup>4</sup> *Infra*, § 7.

<sup>5</sup> Nella vasta bibliografia sulla PESC/PSDC, cfr. per tutti E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, Paris, 2010; L. Panella, *La politica estera, di sicurezza e di difesa comune nel Trattato di Lisbona*, in C. Zanghi, L. Panella (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, 2010, 341 ss.; F. Munari, *La politica estera e di sicurezza comune (PESC) e il sistema delle fonti ad essa relative*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, 942 ss.; H. Neuhold, *European Common Foreign and Security Policy*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, February 2011, *ad vocem*; Id., *European Common Security and Defence Policy*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, July 2013, *ad vocem*; U. Villani, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 9 ss.; E. Baroncini, S. Cafaro, C. Novi, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, Torino, 2012; M. E. Bartoloni, *Politica estera e azione esterna dell'Unione Europea*, Napoli, 2012; A. Lang, P. Mariani, *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014; N. Lazzerini, *Il ruolo del Parlamento europeo e della Corte di giustizia nella conclusione degli accordi PESC*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, 834 ss.; C. Cellerino, *Soggettività internazionale e azione esterna dell'Unione europea. Fondamento, limiti e funzioni*, Roma, 2015; R. Gosalbo Bono, *Insuficiencias jurídicas e institucionales de la acción exterior de la Unión europea*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 2015, 231 ss.; S. Poli, *Human Rights in EU external relations: setting the scene*, in S. Poli (ed.), *Protecting Human Rights in the European Union's external relations*, Centre for Law of European External Relations (CLEER), Paper 5/2016; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, II ed., Torino, 2017, 847 ss.; V. Petralia, *La politica estera e di sicurezza comune e la politica europea di sicurezza e difesa*, in U. Draetta, N. Parisi, *Elementi di diritto dell'Unione europea, Parte speciale – Il diritto sostanziale*, V. ed., Milano, 2018, 323 ss.

specifiche<sup>6</sup>, è definita e attuata dal Consiglio europeo<sup>7</sup> e dal Consiglio ed è esclusa l'adozione di atti legislativi.<sup>8</sup> Allo stesso modo, in tale ambito il ruolo del Parlamento e della Commissione è ridotto e non comporta la partecipazione processo decisionale, né è previsto un completo assoggettamento al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia.<sup>9</sup> Infine, come nella PESC, l'attuazione delle decisioni assunte in ambito PSDC è rimessa all'Alto Rappresentante e agli Stati membri.

La PSDC presenta, però, alcune peculiarità. *In primis*, essa verte sulle questioni relative alla sicurezza e alla difesa dell'Unione,<sup>10</sup> dunque su una parte degli aspetti materiali della PESC, che riguarda invece “tutti i settori della politica estera e tutte le questioni relative alla sicurezza dell'Unione”.<sup>11</sup> Alla PSDC è, inoltre, dedicata una sezione specifica del Titolo V TUE – il Capo 2, intitolato “Disposizioni sulla politica di sicurezza e di difesa comune” – che comprende gli articoli da 42 a 46 TUE. L'art. 42 TUE, in particolare, oltre a ribadire che la PSDC è parte integrante della PESC e comprende la graduale definizione di una politica di difesa comune e, in prospettiva, di una difesa comune, afferma che gli Stati membri mettono delle capacità civili e militari a disposizione dell'Unione europea, al fine di realizzare gli obiettivi definiti dal Consiglio, comprese le operazioni militari e le missioni civili di cui all'art. 43 TUE, senza che ciò pregiudichi il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri, anche con riguardo ai loro legami con l'Organizzazione del trattato del Nord-Atlantico (NATO)<sup>12</sup>.

Sul piano procedurale, pur trovando applicazione le disposizioni della PESC, nella PSDC si registra una maggiore rigidità nell'applicazione della regola dell'unanimità per l'adozione degli atti da parte del Consiglio europeo e del Consiglio. Infatti, mentre nella PESC la regola *de qua* trova eccezione in alcune espresse ipotesi di ricorso alla maggioranza qualificata, tali temperamenti non possono essere estesi alle decisioni che hanno implicazioni nel settore militare o della difesa.<sup>13</sup> Tale dato – invero non assoluto, come vedremo proprio nel caso dell'adozione di alcuni atti relativi alla PeSCo – rende la PSDC ancor più intergovernativa della già “spiccatamente intergovernativa” PESC.<sup>14</sup>

---

<sup>6</sup> Art. 24, co. 1, TUE.

<sup>7</sup> Art. 26 TUE.

<sup>8</sup> Art. 31 TUE.

<sup>9</sup> Cfr. però *infra*, § 6, sul maggior ruolo guadagnato dalle istituzioni comunitarie nella PeSCo.

<sup>10</sup> Articoli 24, co. 1 e 42 TUE.

<sup>11</sup> Art. 24, co. 1, TUE.

<sup>12</sup> Art. 42, commi 2 e 7, TUE.

<sup>13</sup> Cfr. art. 31 TUE che prevede alcune ipotesi di adozione degli atti non all'unanimità, ma al contempo precisa, al co. 4, che esse “non si applicano alle decisioni nel settore militare o della difesa”.

<sup>14</sup> Cfr. Mengozzi, C. Morviducci, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2018, 412-3.

### 2.1. *Segue: le norme dedicate*

Con particolare riguardo alla PeSCo, la disciplina giuridica di livello primario è tripartita e risultante dalla lettura combinata dell'art. 42, co. 6, TUE, dell'art. 46 TUE e dal Protocollo n. 10 “sulla cooperazione strutturata permanente istituita dall'articolo 42 del Trattato sull'Unione europea” allegato ai trattati.<sup>15</sup>

L'art. 42, co. 6, TUE prevede, in via generale, che gli Stati membri che rispondano a criteri più elevati in termini di capacità militari e che abbiano sottoscritto impegni più vincolanti ai fini delle missioni più impegnative instaurino una cooperazione strutturata permanente, secondo l'*iter* previsto dall'art. 46 TUE.

La norma, che si pone come fondamento giuridico della PeSCo, nel riferirsi alle “missioni più impegnative” e alla circostanza che la PeSCo lasci impregiudicato l'art. 43 TUE, pare porre tale cooperazione (o, meglio, le capacità grazie a essa sviluppate) al servizio della parte operativa della PSDC, cioè le operazioni militari e le missioni civili che l'Unione può lanciare “per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite”.<sup>16</sup> Non solo, poiché nel fare riferimento a missioni “più impegnative”, l'art. 42, co. 6, TUE sembra indicare che solo gli Stati in possesso di una capacità di intervento di un certo livello possano partecipare alla PeSCo, e in proposito non sfugge l'assonanza con le missioni di cui all'art. 44 TUE, secondo cui il Consiglio può affidare la realizzazione di una missione a un gruppo di Stati membri che abbiano espresso il consenso e posseggano le capacità necessarie per il suo svolgimento. L'ancoraggio della PeSCo alla PSDC è senz'altro da accogliere, ma, a nostro avviso, non è esaustivo degli scopi della cooperazione *de qua*. Infatti, come avremo modo di argomentare, pur nel silenzio dell'art. 42, co. 6, TUE, la PeSCo può condurre a obiettivi ulteriori rispetto al “solo” miglioramento o allo sviluppo di capacità militari utili allo svolgimento delle operazioni militari dell'Unione europea.

<sup>15</sup> S. Graf von Kielmansegg, *Article 46 [Permanent Structured Cooperation]*, in H.-J. Blanke, S. Mangiameli (eds), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013, 1284. Va segnalato che la prima previsione relativa alla cooperazione strutturata permanente risale al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Raccogliendo alcune delle indicazioni in materia di cooperazione ristrette in materia di difesa, contenute nella relazione finale del gruppo VII “Difesa” della Convenzione europea (CONV 461/02, Bruxelles, 16 dicembre 2002), gli articoli I-41 e III-312 prevedevano la possibilità che gli Stati membri, che rispondessero a criteri più elevati in termini di capacità militari e che avessero sottoscritto impegni più vincolanti in materia ai fini delle missioni più impegnative, instaurassero una cooperazione strutturata permanente nell'ambito dell'Unione. Le vigenti disposizioni in materia di PeSCo fanno dunque parte di quelle indicazioni del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, che dopo il suo abbandono sono state in buona parte recepite dal Trattato di Lisbona (cfr. Consiglio europeo, conclusioni della Presidenza - Bruxelles, 21 e 22 giugno 2001, allegato I “Mandato della CIG”, punto 1). In dottrina, cfr. L. Lonardo, *Integration in European Defence: Some Legal Considerations*, in *European papers*, Vol. 2, 2017, No 3, 887 ss. e R. A. Wessel, *Differentiation in EU Foreign, Security, and Defence Policy: Between Coherence and Flexibility*, in M. Trybus, N. D. White (eds.), *European Security Law*, Oxford, 2007, 234 ss.

<sup>16</sup> Articoli 42, co. 1, e 43 TUE.

L'art. 46 TUE ha, invece, natura procedurale, poiché detta i passaggi relativi all'avvio della PeSCo e fornisce alcune indicazioni sulle sue vicende modificative. Quanto all'avvio, gli Stati membri che desiderano parteciparvi e che rispondono ai criteri e sottoscrivono gli impegni indicati nel Protocollo n. 10 notificano tale intenzione al Consiglio e all'Alto Rappresentante. Effettuata la notifica, il Consiglio, entro tre mesi, adotta a maggioranza qualificata, previa consultazione dell'Alto Rappresentante, la decisione che istituisce la PeSCo e fissa l'elenco degli Stati partecipanti. Trattasi di un elenco non definitivo, poiché gli Stati membri che intendano aggiungersi potranno notificare la loro intenzione e, successivamente, il Consiglio, nella formazione limitata agli Stati partecipanti, confermerà tale adesione a maggioranza qualificata previa consultazione dell'Alto Rappresentante. Parimenti, se uno Stato partecipante desidera ritirarsi dalla PeSCo, esso notifica tale decisione al Consiglio, che prende atto della conclusione della partecipazione dello Stato membro in questione. Tali vicende, che variano *in itinere* la geometria della cooperazione *de qua*, ci appaiono del tutto conformi al principio della partecipazione su base volontaria espresso nel Protocollo n. 10, che implica non solo la possibilità di parteciparvi, ma anche di abbandonarla. Quanto, invece, alla sospensione, tale evento interrompe *pro tempore* la partecipazione dello Stato che non soddisfi più i criteri di partecipazione alla PeSCo o non possa più assolvere gli impegni assunti; in tal caso, il Consiglio decide a maggioranza qualificata nella formazione limitata agli Stati partecipanti, escluso lo Stato interessato. Si noti che le decisioni del Consiglio relative all'avvio della PeSCo, all'adesione di nuovi Stati partecipanti e alla loro eventuale sospensione sono adottate a maggioranza qualificata; in pratica, come si è anticipato, si tratta dell'unica eccezione alla regola generale dell'unanimità nell'adozione degli atti in ambito PSDC.<sup>17</sup>

Non è, invece, prevista l'ipotesi che uno Stato partecipante sia escluso dalla PeSCo,<sup>18</sup> né si fa cenno all'eventuale cessazione di tale cooperazione, il che non sorprende alla luce del carattere dichiaratamente "permanente" della PeSCo, che appare dunque proiettata *sine die*.

Infine, il Protocollo n. 10 indica i criteri e gli impegni che devono essere rispettati dagli Stati che desiderano avviare la PeSCo; in buona sostanza, il citato principio della partecipazione su base volontaria e, soprattutto, gli obiettivi e gli ambiti in materia di sviluppo delle capacità militari nei quali gli Stati partecipanti devono cooperare. Trattasi di impegni precisi, anche di natura finanziaria, tesi a raggiungere obiettivi specifici in cinque ambiti di cooperazione: l'innalzamento del livello delle spese per gli investimenti in materia di equipaggiamenti per la difesa (ambito 1); il ravvicinamento, per quanto possibile, degli strumenti di difesa (ambito 2); l'adozione di misure concrete per rafforzare la disponibilità, l'interoperabilità, la flessibilità e la schierabilità delle loro forze (ambito 3);<sup>19</sup> la

<sup>17</sup> R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.*, 863.

<sup>18</sup> Cfr. S. Montaldo, *Articolo 46 TUE*, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea*, Padova, 2014, 138.

<sup>19</sup> Secondo S. Graf von Kielmansegg, *Article 46*, cit., 1290 ss., per "disponibilità" si intende "the political and legal disposability of national assets for ESDP missions as well as their

rimozione delle lacune constatate nel quadro del “meccanismo di sviluppo delle capacità militari” (ambito 4);<sup>20</sup> infine, la partecipazione, se del caso, allo sviluppo di programmi comuni o europei di equipaggiamenti di vasta portata nel quadro dell’Agenzia europea per la difesa (AED) (ambito 5). Il Protocollo indica altresì il ruolo della stessa AED nella valutazione dei contributi degli Stati partecipanti in materia di capacità.

Dal Protocollo n. 10 la dottrina ha rilevato la natura vincolante della PeSCo. In particolare, è stato osservato che “its wording clearly indicates that participation in permanent structured cooperation is more than a political declaration of intent. The obligations spelt out in Art. 2 of the Protocol, vague as they may be, are of legal nature”.<sup>21</sup> In effetti, detto Protocollo sembra indicare la sussistenza di vincoli giuridici a carico degli Stati partecipanti sin dalla notifica iniziale, nella quale hanno dovuto dichiarare la capacità di assumersi gli impegni derivanti dall’avvio della PeSCo. Ciò detto, che si tratti di obblighi giuridici è oggi confermato dalla decisione (PESC) 2017/2315 sulla istituzione della PeSCo,<sup>22</sup> sulla quale stiamo per soffermarci, il cui allegato I (“Principi della PeSCo”) in più punti fa espresso riferimento alla sua natura vincolante.

Natura che, ammessa nei termini appena esposti, porta a domandarsi cosa accadrebbe se uno Stato partecipante violasse gli obblighi giuridici derivanti dalla PeSCo. Ebbene, tenuto conto che del limitato controllo giurisdizionale in ambito PESC/PDSC, l’unica conseguenza che si prospetta è quella contenuta nell’art. 46, co. 4, TUE, cioè la sospensione dello Stato partecipante che non soddisfi più i criteri di partecipazione alla PeSCo o non possa più assolvere gli impegni assunti.

### **3. Il diritto secondario: la decisione (PESC) 2017/2315 istitutiva della PeSCo**

Solo di recente, alla fine del 2017, si è data attuazione alla disciplina primaria della PeSCo. Su proposta della Germania, della Spagna, della Francia e dell’Italia, 23 Stati membri (cui si sono aggiunti, il 7 dicembre 2017, Irlanda e Portogallo) hanno notificato al Consiglio la volontà di partecipare a tale cooperazione.<sup>23</sup> A fronte di 25 Stati partecipanti, non sono dunque coinvolti Malta, il Regno Unito

---

operational readiness”, mentre la “interoperabilità” implica “the ability of MS’ armed forces to operate together with each other”, la “flessibilità” consiste ne “the ability to deal with a variety of operational challenges and to tailor the European reaction force to the specific needs of a given operation” e, infine, la “schierabilità” va intesa come “the ability to move the assets and their logistical support infrastructure to the theatre of operations”.

<sup>20</sup> Il meccanismo in questione fu creato in attuazione delle indicazioni del Consiglio europeo di Laeken del 2001, nel quale, come noto, fu dichiarata l’operatività della PESD (Consiglio europeo, conclusioni della Presidenza - Laeken, 14 e 15 dicembre 2001, allegato II “Dichiarazione relativa all’operatività della Politica europea comune di sicurezza e di difesa”).

<sup>21</sup> S. Graf von Kielmansegg, *Article 46*, cit., 1284.

<sup>22</sup> Decisione (PESC) 2017/2315 del Consiglio, dell’11 dicembre 2017, che istituisce la cooperazione strutturata permanente (PESCO) e fissa l’elenco degli Stati membri partecipanti.

<sup>23</sup> Il testo della notifica, del 13 novembre 2017, è allegato alla decisione (PESC) 2017/2315.

(in fase di recesso dall'Unione) e la Danimarca, che, come noto, ai sensi del Protocollo n. 22 allegato ai trattati non partecipa all'elaborazione e all'attuazione di decisioni e azioni che hanno implicazioni di difesa.<sup>24</sup>

L'11 dicembre 2017, il Consiglio ha assunto la decisione (PESC) 2017/2315 che, oltre a istituire la PeSCo, ha fissato l'elenco degli Stati partecipanti e precisato gli impegni più vincolanti in materia di difesa da essi assunti in coerenza con i cinque ambiti indicati dal Protocollo n. 10.<sup>25</sup> Tali precisazioni rivestono una certa importanza, poiché hanno consentito l'approdo alla fase operativa della PeSCo, che consta del lancio e gestione di progetti in materia di difesa. Beninteso, deve trattarsi di progetti concreti e finalizzati a raggiungere degli obiettivi realistici e vincolanti per ciascuna delle fasi individuate dall'allegato III alla decisione (PESC) 2017/2315, che scandiscono i primi due periodi di avanzamento (2018-2021 e 2021-2025) della PeSCo.

Per fare un esempio, in relazione all'ambito 3 ("prendere misure concrete per rafforzare la disponibilità, l'interoperabilità, la flessibilità e la schierabilità delle loro forze, in particolare identificando obiettivi comuni in materia di proiezione delle forze, anche eventualmente riesaminando le loro procedure decisionali nazionali"), la decisione (PESC) 2017/2315 ha declinato alcuni ambiti operativi specifici, tra cui la previsione di giungere a un apporto significativo di risorse militari e finanziarie utili alle operazioni militari e alle missioni civili dell'Unione e la loro interoperabilità, anche in collaborazione con la NATO e con le strutture multinazionali già esistenti in campo militare (es., EUROCORPS e EUROMARFOR).<sup>26</sup> A partire da tale declinazione sono stati avviati i progetti specifici atti a rafforzare la disponibilità, l'interoperabilità, la flessibilità e la schierabilità delle forze militari degli Stati partecipanti. Alla fine del periodo 2021-2025 si valuteranno tali progetti e, eventualmente, se ne stabiliranno di nuovi col fine di fornire all'Unione europea ulteriori e necessarie capacità utili ad avviare le operazioni militari. Ciò detto, alla fine del 2025 si terrà anche una revisione generale della PeSCo, che riguarderà l'effettiva realizzazione di tutti progetti avviati e condurrà alla decisione di lanciarne di nuovi, al fine di far progredire ulteriormente l'integrazione europea nel settore della sicurezza e della difesa.

La decisione (PESC) 2017/2315 precisa (come già l'atto di notifica dei primi 23 Stati membri partecipanti) che l'assunzione di tali impegni più vincolanti comporta che gli Stati partecipanti presentino dei piani nazionali di attuazione (PNA), nei quali sono illustrate le modalità di realizzazione, a livello nazionale, degli impegni e di conseguimento degli obiettivi più specifici stabiliti in ciascuna fase della PeSCo. I PNA pongono, quindi, gli Stati partecipanti nella posizione di investire nella PeSCo e, in tal senso, giustamente si è affermato che "para acceder a esta forma de cooperación hay que querer, pero también hay que poder (disponer de unas ciertas capacidades militares, niveles de gasto en materia

<sup>24</sup> Art. 5 del Protocollo (n. 22) sulla posizione della Danimarca.

<sup>25</sup> Decisione (PESC) 2017/2315, allegato II.

<sup>26</sup> *Ibidem*. Su tali forze multinazionali, cfr. Mengozzi, C. Morviducci, *op. cit.*, 448, nota 146.

de defensa, etc.”).<sup>27</sup> Ciò detto, secondo un approccio graduale, i PNA sono documenti dinamici, dunque devono essere aggiornati annualmente alla luce delle mutate necessità e della conseguente rimodulazione degli investimenti.<sup>28</sup> La valutazione dei PNA, iniziali e aggiornati, è svolta dal segretariato della PeSCo, che è posto sotto l'autorità dell'Alto Rappresentante.

### 3.1. I livelli di governance

L'art. 4 della decisione (PESC) 2017/2315, compendiato dall'allegato III allo stesso atto, si sofferma sulla *governance*, termine con il quale si può intendere l'insieme delle norme, delle competenze istituzionali e dei processi che governano gli aspetti generali e operativi della PeSCo.<sup>29</sup> Tale *governance* è articolata su due livelli, il primo di indirizzo, facente capo al Consiglio, e il secondo di carattere operativo, riguardante l'attuazione dei progetti PeSCo da parte di gruppi di Stati partecipanti. È evidente come tale articolazione non faccia che confermare la centralità degli Stati membri nella PeSCo, al primo livello in quanto membri del Consiglio, al secondo nella veste di partecipanti a singoli progetti.<sup>30</sup>

Nel dettaglio, al primo livello di *governance* sono adottate dal Consiglio, all'unanimità, le decisioni e le raccomandazioni relative alle questioni generali della PeSCo. Ad esempio, il Consiglio fornisce gli orientamenti e indirizzi strategici, stabilisce le tappe per la realizzazione degli impegni più vincolanti, fissa l'elenco dei progetti da sviluppare e le relative regole comuni di gestione, nonché le condizioni generali in base alle quali gli Stati terzi possono essere invitati a partecipare ai progetti. A tal fine, è previsto che i ministri degli esteri e della difesa degli Stati partecipanti si riuniscano in una sessione congiunta del Consiglio “Affari esteri”, solitamente due volte all'anno, per occuparsi delle questioni relative alla PeSCo.<sup>31</sup> In proposito, è utile sin da ora segnalare che, oltre alle decisioni, il Consiglio ha finora approvato tre raccomandazioni sulla PeSCo, la cui finalità è stata di orientare l'attuazione di tale cooperazione: la prima, nel marzo del 2018, col fine di adottare una *roadmap* attuativa,<sup>32</sup> la seconda, nel successivo mese di ottobre, per precisare operativamente gli impegni più vincolanti previsti dalla decisione (PESC) 2017/2315 e stabilire le tappe per

<sup>27</sup> J. L. de Castro Ruano, *La evolución de la Unión Europea como actor en materia de seguridad y defensa. En busca de un relanzamiento siempre pendiente*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, Núm. Especial 01 (Octubre 2015), 31.

<sup>28</sup> Decisione (PESC) 2017/2315, allegato III.

<sup>29</sup> Il concetto in questione mutua, adattandolo alla PeSCo, il concetto di *governance* adottato nel libro bianco della Commissione, del 25 luglio 2001, *La governance europea* (COM/2001/0428 def.), secondo cui esso “designa le norme, i processi e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze sono esercitate a livello europeo, soprattutto con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza” (p. 5, nota 1).

<sup>30</sup> Decisione (PESC) 2017/2315, allegato III, punto 1.

<sup>31</sup> *Ibidem*, punto 2.1.

<sup>32</sup> Raccomandazione del Consiglio, del 6 marzo 2018, relativa a una tabella di marcia per l'attuazione della PESCO.



la loro realizzazione,<sup>33</sup> e l'ultima, il 14 maggio 2019, per valutare i primi progressi compiuti dagli Stati partecipanti nella fase operativa della PeSCo.<sup>34</sup>

Il secondo livello di *governance* è, invece, più operativo e riguarda i progetti di cooperazione in materia di difesa, che gruppi di Stati partecipanti propongono e attuano congiuntamente, in attuazione degli impegni più vincolanti declinati nella decisione (PESC) 2017/2315. La decisione relativa all'avvio dei progetti e agli Stati ad essi partecipanti è assunta al primo livello di *governance*, dunque dal Consiglio all'unanimità. Tali progetti richiedono lo sviluppo o la fornitura di capacità individuate dagli Stati partecipanti nei PNA e conferite a favore del singolo progetto; si tratterà di risorse strategicamente rilevanti e con un valore aggiunto per l'Unione, anche ai fini del lancio di operazioni militari. La compagine di Stati partecipanti ai singoli progetti è variabile anche *in itinere*, potendo altri Stati partecipanti alla PeSCo aderire – come osservatori o partecipanti – a progetti di cui inizialmente non facevano parte, acquisito l'assenso degli Stati già coinvolti<sup>35</sup>. Non solo, ma ai sensi dell'art. 9 della decisione *de qua* è possibile che ai progetti – non alla PeSCo, riservata agli Stati membri dell'Unione – vi partecipino “in via eccezionale” gli Stati terzi invitati da singoli Stati partecipanti, alle condizioni stabilite all'unanimità dal Consiglio,<sup>36</sup> sempre che soddisfino i requisiti di partecipazione alla PeSCo e apportino un “valore aggiunto sostanziale” ai progetti cui partecipano.<sup>37</sup> In ogni caso, è loro esclusa l'attribuzione di poteri decisionali.<sup>38</sup>

La descritta *governance* vede la partecipazione attiva dell'Alto Rappresentante, anche nella veste di vertice del segretariato della PeSCo.<sup>39</sup> Tale segretariato si compone del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE), dell'AED e del Comitato militare dell'Unione (quest'ultimo per la consulenza in materia militare).<sup>40</sup>

### 3.2. Le fonti di finanziamento

Il finanziamento della PeSCo è misto. In base all'art. 8 della decisione (PESC) 2017/2315, le spese amministrative sono a carico del bilancio dell'Unione (ad esempio, con riguardo al funzionamento delle istituzioni o del SEAE), le spese amministrative dell'AED sono soggette alle pertinenti norme di finanziamento

<sup>33</sup> Raccomandazione del Consiglio, del 15 ottobre 2018 relativa alla fissazione delle tappe per la realizzazione degli impegni più vincolanti assunti nel quadro della cooperazione strutturata permanente (PESCO) e alla definizione di obiettivi più precisi.

<sup>34</sup> Raccomandazione del Consiglio, del 14 maggio 2019 che valuta i progressi compiuti dagli Stati membri partecipanti ai fini della realizzazione degli impegni assunti nel quadro della cooperazione strutturata permanente (PESCO).

<sup>35</sup> Art. 5, co. 2, della decisione (PESC) 2017/2315.

<sup>36</sup> Invero, la norma afferma “in conformità dell'articolo 4, paragrafo 2” della stessa decisione, che, a sua volta, recita “conformemente all'art. 46, c. 6, TUE”, dunque, in buona sostanza, secondo la regola dell'unanimità.

<sup>37</sup> Decisione (PESC) 2017/2315, allegato III, punto 2.2.1.

<sup>38</sup> *Ibidem*, allegato III, punto 2.1.

<sup>39</sup> *Ibidem*, punto 1.

<sup>40</sup> Cfr. Protocollo n. 10 sulla cooperazione rafforzata permanente, nonché 9° ‘considerando’ e art. 6 della decisione (PESC) 2017/2315.

(dunque, principalmente, a carico degli Stati membri aderenti)<sup>41</sup>, mentre le spese operative derivanti dai singoli progetti PeSCo sono sostenute dagli Stati che vi partecipano, fatta salva la possibilità di ricevere contributi dall'Unione.

È ben chiaro che il maggiore onere finanziario ricade sugli Stati partecipanti, ma ciò non sorprende se si rammenta la loro centralità nel quadro della PeSCo, che trova espressione non solo sul piano decisionale, ma anche in termini di impegno finanziario. Inoltre, si rammentino le indicazioni fornite dal Consiglio europeo del 15 dicembre 2016, nel quale non solo l'istituzione gettò le basi per l'istituzione della PeSCo, ma sottolineò anche “la necessità di intensificare gli sforzi, anche destinando *sufficienti risorse aggiuntive* (corsivo aggiunto), tenendo conto al tempo stesso degli impegni giuridici e delle situazioni nazionali”, al fine di rafforzare la sicurezza e la difesa dell'Europa in un contesto geopolitico complesso e di proteggere più adeguatamente i propri cittadini.<sup>42</sup>

Non è da sottacere il vantaggio finanziario derivante dal conferimento di tali risorse aggiuntive. È ampiamente condivisa l'opinione per cui la crisi finanziaria ha determinato, in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, una contrazione dei bilanci della difesa. Ebbene, nella notifica che ha dato avvio alla PeSCo, gli Stati proponenti hanno rimarcato la possibilità che essa “potrebbe favorire lo sviluppo delle capacità di difesa degli Stati membri attraverso una partecipazione attiva ai progetti multinazionali di approvvigionamento e con entità industriali adeguate, tra cui le piccole e medie imprese”, così fornendo indicazioni sulla ricaduta economica favorevole alle aziende nazionali eventualmente coinvolte nella realizzazione dei progetti. Inoltre, i progetti della PeSCo possono generare delle forme di razionalizzazione dei costi, delle economie di scala e delle sinergie tra apparati di difesa, in un momento in cui la scarsità di risorse non consentirebbe di raggiungere, da parte di ciascuno Stato partecipante, dei risultati di pari portata.<sup>43</sup> Dunque, se la PeSCo impone significativi sforzi finanziari, si tratterà comunque “not just to spend more, but to spend more in an EU context”,<sup>44</sup> con tutti i vantaggi che tale contestualizzazione europea può portare.

Potrà alleggerire l'onere finanziario sopportato dagli Stati membri la dichiarata appartenenza della PeSCo al *comprehensive defence package*<sup>45</sup> dell'Unione europea, che include la procedura di revisione coordinata annuale sulla difesa (CARD) e il costituendo il Fondo europeo per la difesa. La procedura CARD è gestita dall'AED e si propone di sostenere gli Stati membri nell'identificazione

<sup>41</sup> Decisione (PESC) 2015/1835 del Consiglio, del 12 ottobre 2015, che fissa lo statuto, la sede e le modalità di funzionamento dell'Agenzia europea per la difesa. Sull'AED, cfr. per tutti F. Terpan, *Article 45 [Tasks and Powers of the European Defence Agency]*, in H.-J. Blanke, S. Mangiameli (eds), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013, 1261 ss.

<sup>42</sup> Consiglio europeo, conclusioni della Presidenza - 15 dicembre 2016, punti 10 e 11.

<sup>43</sup> J. L. de Castro Ruano, *op. cit.*, 37 e 46.

<sup>44</sup> D. Fiott, A. Missiroli, T. Tardy, *Permanent Structured Cooperation: what's in a name?*, EU Institute for Security Studies, Chaillot Papers n. 142, November 2017, 45.

<sup>45</sup> Cfr. EEAS, *Permanent Structured Cooperation*, cit.

delle priorità di difesa in cui investire, facendo convergere i vari piani di spesa nazionali verso precise voci di spesa (dunque, volendo, anche in “direzione PeSCo”). Il costituendo Fondo, anticipato da due programmi di cooperazione e finanziamento promossi dalla Commissione, sosterrà i progetti di ricerca e innovazione in materia di difesa dal periodo finanziario 2021-2027 a valere sul bilancio dell'Unione, dopo che il Parlamento e il Consiglio l'avranno approvato secondo la procedura legislativa ordinaria. Per la parte che qui rileva, va sottolineato che l'inserimento in tale *package* – soprattutto il sostegno finanziario della Commissione – consentirà agli Stati partecipanti di ottenere dei cofinanziamenti per la realizzazione dei progetti PeSCo, oltre a reperire risorse per progetti cooperativi in materia di difesa la cui messa in opera potrà incidere indirettamente sulla loro partecipazione alla PeSCo.

Infine, sebbene l'onere finanziario di realizzazione di tali progetti gravi sugli Stati partecipanti, resta inteso – come afferma l'art. 8 della decisione del Consiglio (PESC) 2018/909 sulle regole di gestione dei progetti PeSCo, sulla quale ci soffermeremo a breve – che gli stessi possono disporre delle forze e delle capacità ivi sviluppate anche *singolarmente*, oltre che collettivamente nel contesto dell'Unione, dell'ONU, della NATO o di altri contesti.

### 3.3. Il monitoraggio e la valutazione

Come afferma l'allegato I della decisione (PESC) 2017/2315, “(l)a natura vincolante degli impegni della PESCO sarà garantita da una valutazione periodica su base annuale”. Dunque, lo svolgimento della PeSCo è soggetto a monitoraggio e valutazione, sia al fine di verificare l'effettiva attuazione dei progetti avviati, sia per valutare il mantenimento degli impegni da parte degli Stati partecipanti.

Punto nodale della valutazione è la relazione annuale sulla PeSCo, che l'Alto Rappresentante presenta al Consiglio, nella quale, tenuto conto dei PNA, è descritto lo stato di attuazione della cooperazione e la realizzazione degli impegni da parte degli Stati partecipanti.<sup>46</sup> In tale direzione, è utile rammentare che il SEAE e l'AED partecipano alla fase di valutazione della PeSCo, avendo ricevuto i primi PNA e continuando a ricevere i loro aggiornamenti. Sulla base della relazione annuale dell'Alto Rappresentante, il Consiglio verifica con cadenza annuale se gli Stati partecipanti continuano ad assolvere gli impegni più vincolanti, poiché ogni scostamento potrebbe portare alla sospensione. Dovesse porsi la necessità di adottare un siffatto provvedimento, lo Stato interessato sarebbe consultato e posto nella possibilità di presentare delle controsservazioni.

La stessa relazione costituisce la base per l'adozione, da parte del Consiglio, delle raccomandazioni e delle decisioni relative alla PeSCo. Finora, il Consiglio ha adottato una sola raccomandazione in tema di valutazione dei progressi compiuti dagli Stati partecipanti nella fase operativa della PeSCo,<sup>47</sup> nella quale, preso atto della relazione dell'Alto Rappresentante, si valutano positivamente gli

<sup>46</sup> Art. 6 della decisione (PESC) 2017/2315.

<sup>47</sup> Raccomandazione del 14 maggio 2019, *supra*, nota 37.

esordi della PeSCo e si incoraggia a “proseguire i lavori e a concentrarsi sulla rapida ed efficace attuazione dei progetti cui partecipano al fine di ottenere effetti e risultati tangibili con l’obiettivo di realizzare gli impegni più vincolanti”.<sup>48</sup>

Quanto alla valutazione di lungo termine, va ricordato che alla fine di ciascuna delle due prime fasi PeSCo verrà condotta una revisione “di periodo”, atta a valutare il rispetto degli impegni previsti, a decidere l’avvio della fase successiva e, se necessario, a rimodulare gli impegni.<sup>49</sup> Allo stesso modo, nel 2025, alla fine della seconda fase della PeSCo, si svolgerà una revisione generale della cooperazione *de qua*, al fine di valutare tutti i progetti avviati e di deciderne di nuovi, così stabilendo la nuova direzione da imprimere all’integrazione europea nel settore della sicurezza e della difesa.<sup>50</sup>

#### 4. La PeSCo in concreto: dagli impegni ai progetti

Ancor più di recente, con decisione (PESC) 2018/340 il Consiglio ha fissato l’elenco dei primi 17 progetti da sviluppare in ambito PeSCo,<sup>51</sup> facendo approdare la cooperazione *de qua* alla fase operativa.

Alcuni esempi possono essere utili a chiarire la portata e gli obiettivi di tali progetti. Immediatamente collegato e funzionale allo svolgimento degli interventi lanciati in ambito PSDC è il progetto “Comando medico europeo” – cui partecipano la Germania (coordinatore), la Repubblica ceca, la Spagna, la Francia, l’Italia, l’Olanda, la Romania, la Slovacchia e la Svezia – il cui fine è di dotare l’Unione europea di una capacità di intervento sanitario a supporto delle operazioni militari e delle missioni civili. Tale progetto, che colma una lacuna finora presente, è direttamente proiettato al sostegno delle operazioni militari dell’Unione dispiegate *in loco*. Diversamente, il progetto “Mobilità militare” – quello a maggiore adesione, contando 24 Stati partecipanti con coordinamento olandese – è atto a standardizzare le procedure di spostamento delle forze militari tra gli Stati partecipanti, così da realizzare una “libera circolazione degli equipaggiamenti e del personale militari” utile alla mobilitazione delle capacità militari all’interno e all’esterno dell’Unione. In questo caso, il progetto è funzionale non solo allo svolgimento degli interventi PSDC, poiché tale “libera circolazione” può risultare utile anche per altre esigenze di natura difensiva.

Ciò detto, il legame più o meno diretto tra i progetti della PeSCo e la PSDC non deve sorprendere, poiché, come è stato giustamente sottolineato, “one declared objective of PeSCo is the ability of the EU member states to conduct the ‘most demanding missions’ [Article 42.6 TEU]. Such terminology conveys the initial ambition of PeSCo as it allegedly implies that operations will potentially be at the upper level of the military spectrum”.<sup>52</sup> Sulla base di tale assunto, sono

<sup>48</sup> *Ibidem*, punto 10.

<sup>49</sup> Decisione (PESC) 2017/2315, allegato III, punto 4.2.

<sup>50</sup> *Ibidem*, punto 3.

<sup>51</sup> Decisione (PESC) 2018/340 del Consiglio, del 6 marzo 2018, che fissa l’elenco dei progetti da sviluppare nell’ambito della PESCO.

<sup>52</sup> D. Fiott, A. Missiroli, T. Tardy, *op. cit.*, 36.

stati individuati diversi scenari di utilizzo delle capacità sviluppate in ambito PeSCo, ad esempio le “missioni più impegnative” di cui all’art. 42, co. 6, TUE, che raccoglierebbero solo Stati partecipanti alla cooperazione *de qua* e nelle quali potrebbero essere utilizzate capacità specifiche compiutamente sviluppate in uno o più progetti, oppure le operazioni ad alta intensità militare condotte dall’ONU o dalla NATO in *partnership* con Stati partecipanti.<sup>53</sup>

Non si tratta, però, dell’unico scenario possibile, poiché una parte dei progetti della PeSCo pare vertere su obiettivi più ambiziosi, tesi a conseguire un adeguato livello di sicurezza nell’Unione e una difesa maggiormente basata su capacità comuni agli Stati partecipanti. Ad esempio, il progetto “Sorveglianza e protezione marittima e dei porti” – cui partecipano diversi Stati costieri, con coordinamento greco – mira a rafforzare il sistema di sorveglianza marittima con quelli terrestre e aereo, al fine di realizzare un sistema di scambio di informazioni utili a garantire una risposta rapida ed efficace a vari tipi di minacce (sicurezza energetica, emergenze ambientali, aspetti difensivi e di sicurezza). In tal caso, il progetto appare legato più alla sicurezza dell’Unione e dei suoi cittadini che all’attuazione della PSDC, e ciò appare in linea con quella che, a nostro avviso, è la reale vocazione della PeSCo, che senz’altro contempla la convergenza tra le azioni degli Stati membri “ai fini delle missioni più impegnative”,<sup>54</sup> ma anche il progressivo sviluppo di capacità strategiche utili alla difesa dell’Unione europea. D’altronde, si rammenta che in tal senso si era espresso il Consiglio europeo del 15 dicembre 2016, il quale, nel dare impulso alla PeSCo, evidenziava come essa comportasse un’intensificazione di sforzi utile anche al rafforzamento della sicurezza e della difesa dell’Unione.<sup>55</sup>

Ciò detto, tale bilanciamento tra i progetti tesi a migliorare le capacità esistenti e i progetti che puntano all’innovazione è, comunque, espressamente stabilito dal diritto derivato. Infatti, la decisione (PESC) 2017/2315 istitutiva della cooperazione *de qua* stabilisce che “l’alto rappresentante fornirà una raccomandazione nella quale individua le proposte di progetti più ambiziose, che contribuiscono al livello di ambizione dell’UE e sono più adatte a promuovere l’autonomia strategica dell’Europa. Il portafoglio di progetti riflette un opportuno equilibrio tra i progetti più pertinenti al settore dello sviluppo di capacità e quelli che rientrano maggiormente nel settore delle operazioni e missioni”.<sup>56</sup> Tale previsione normativa non fa che ulteriormente confermare l’ampia vocazione della PeSCo.

Contestualmente all’adozione della decisione (PESC) 2018/340, il Consiglio ha approvato una raccomandazione contenente una *roadmap* di adempimenti utili a far progredire la PeSCo.<sup>57</sup> La tabella di marcia contenuta nell’atto prevede l’aumento dei progetti e l’adozione “al momento opportuno” di

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, 33.

<sup>54</sup> Art. 42, co. 6, TUE.

<sup>55</sup> Consiglio europeo, conclusioni della Presidenza - 15 dicembre 2016, punti 10 e 11.

<sup>56</sup> Decisione (PESC) 2017/2315, allegato III, punto 2.2.1.

<sup>57</sup> Raccomandazione del Consiglio, del 6 marzo 2018, relativa a una tabella di marcia per l’attuazione della PESCO.

una decisione relativa alle condizioni generali di partecipazione degli Stati terzi a singoli progetti. Ma, soprattutto, la raccomandazione fornisce indicazioni sulla sollecita adozione di una decisione contenente delle regole comuni agli Stati partecipanti, aspetto strettamente connesso al concreto avvio dei progetti della PeSCo.

È, dunque, di poco seguita l'adozione della decisione (PESC) 2018/909<sup>58</sup> contenente le regole utili all'avvio e alla gestione dei progetti, approvate le quali i primi 17 progetti della PeSCo hanno preso concreto avvio. Tra i vari aspetti, le regole in questione vertono sull'organizzazione della *governance* di progetto, sulla modalità di definizione dei contributi da apportare (risorse umane e finanziarie, attrezzature *et cetera*) e sulle condizioni di uscita o ingresso successivo a un progetto, anche con lo *status* di osservatore.<sup>59</sup> Sul primo punto, merita evidenziare che, di norma, un progetto PeSCo è diretto da uno Stato partecipante, individuato come coordinatore, anche se non è escluso che possano esserci più coordinatori.<sup>60</sup> Tra suoi/loro compiti, si segnalano il coordinamento delle attività, l'impulso alla cooperazione nell'ambito del singolo progetto e la presentazione al segretariato PeSCo della relazione sui progressi compiuti ai fini della sua valutazione. Proprio la decisione (PESC) 2018/909 indica, come anticipato a proposito del finanziamento, che le forze e capacità sviluppate nei progetti della PeSCo potranno essere utilizzate dagli Stati partecipanti anche singolarmente, quale evidente contropartita per l'investimento effettuato.<sup>61</sup> Ciò detto, trattasi di regole non definitive, disponendo la stessa decisione il riesame entro la fine del 2020, così da far tesoro dell'esperienza maturata a seguito della loro prima applicazione.<sup>62</sup>

Successivamente, in ossequio alla *roadmap* della PeSCo, l'elenco dei primi 17 progetti PeSCo è stato integrato con la decisione (PESC) 2018/1797 del 19 novembre 2018,<sup>63</sup> che ne ha raddoppiato il numero,<sup>64</sup> raggruppandoli per aree di intervento (“formazione e *facilities*”, “ambito terrestre”, “ambito marittimo”, “ambito aereo”, “condivisione di risorse”, “cyber e comando e controllo” e “spazio”). A titolo di esempio, tra i nuovi 17 progetti PeSCo si possono citare: la “Scuola interforze di intelligence dell'UE”, a conduzione greco-cipriota, tesa a creare una struttura formativa che, in collaborazione gli Stati membri dell'Unione, la NATO e il Consiglio d'Europa, offra formazione investigativa e

<sup>58</sup> Decisione (PESC) 2018/909 del Consiglio, del 25 giugno 2018, che stabilisce un insieme di regole di governance per i progetti PESCO.

<sup>59</sup> Art. 6 della decisione (PESC) 2018/909.

<sup>60</sup> *Ibidem*, art. 5.

<sup>61</sup> *Ibidem*, art. 8.

<sup>62</sup> *Ibidem*, art. 9.

<sup>63</sup> Decisione (PESC) 2018/1797 del Consiglio, del 19 novembre 2018, che modifica e aggiorna la decisione (PESC) 2018/340 che fissa l'elenco dei progetti da sviluppare nell'ambito della PESCO.

<sup>64</sup> L'Italia ha aderito a 15 dei primi 17 progetti, cui si sono aggiunti 6 dei diversi progetti adottati dal Consiglio nel mese di novembre 2018, portando a 21 il numero totale dei progetti cui partecipa. Sulla partecipazione italiana alla PeSCo, cfr. A. Aversano Stabile, A. Marrone, *Ue: nuovi progetti PESCO, impegno attivo dell'Italia*, in *Affariinternazionali.it*, 22-11-2018.

militare al personale degli Stati membri dell'Unione; il progetto "Elicotteri da attacco europei TIGER Mark III" – attuato da Francia (coordinatore), Germania e Spagna – avente il fine di migliorare un elicottero militare già in dotazione ad alcuni eserciti europei, al fine di realizzare un elicottero europeo di attacco; infine, il progetto "Condivisione di basi" – a guida francese e partecipazione belga, ceca, tedesca, spagnola e olandese – che si prefigge di migliorare le modalità di utilizzo congiunto delle infrastrutture militari esistenti, così da realizzare utili sinergie militari e consentire il contenimento dei relativi costi. Come è facile notare, anche questa seconda *tranche* contiene sia progetti PeSCo direttamente funzionali all'attuazione della PSDC, sia progetti proiettati verso lo sviluppo di capacità europee di difesa.

Tale già significativo elenco di progetti è comunque destinato ad ampliarsi. Secondo la *roadmap* della PeSCo,<sup>65</sup> integrata dalla successiva raccomandazione del maggio 2019 sulla valutazione di tale cooperazione<sup>66</sup>, il Consiglio procederà con cadenza periodica (annuale o biennale, a seconda delle valutazioni che verranno svolte) ad adottare nuovi progetti, sempre su proposta dell'Alto Rappresentante.

### 5. La PeSCo quale forma specifica di integrazione differenziata

La disciplina e la prassi della PeSCo forniscono alcuni elementi utili a definirne la natura e la vocazione, anche se – è bene premetterlo – le nostre conclusioni in parte si inscrivono nel solco della dottrina già intervenuta sull'argomento.

Innanzitutto, non si può non convenire con gli autori che, pressoché unanimi, hanno inquadrato la PeSCo nel *genus* delle forme di integrazione differenziata esistenti nell'ordinamento dell'Unione europea, evidenziandone però le peculiarità, sostanzialmente dovute allo specifico ambito materiale di cooperazione e al non semplice presupposto costituito dalle differenze tra gli apparati di difesa degli Stati partecipanti.<sup>67</sup> In tal senso, è stato anche affermato che la PeSCo sia una forma di cooperazione rafforzata "although the term is not used",<sup>68</sup> mentre altri autori hanno sottolineato le differenze esistenti tra le due forme di cooperazione. Sul piano generale, è chiaro che si tratta di due modalità atte a realizzare l'integrazione differenziata nell'Unione europea, tra le quali, però, si registrano delle differenze di non poco conto.

Ad esempio, la cooperazione rafforzata può riguardare ogni competenza dell'Unione che non sia esclusiva, comprese la PESC e la PSDC,<sup>69</sup> mentre la

---

<sup>65</sup> Raccomandazione del 6 marzo 2018, *supra*, nota 35, punto 10.

<sup>66</sup> *Ibidem*, punto 12.

<sup>67</sup> In dottrina, cfr. F. Terpan, *Article 44 [Delegation of Tasks Under the CSDP]*, in H.-J. Blanke, S. Mangiameli (eds), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013, 1255; S. Graf von Kielmansegg, *Article 46*, cit., 1279; S. Montaldo, *Articolo 46 TUE*, *op. cit.*, 138 ss.; J. L. de Castro Ruano, *op. cit.*, 31.

<sup>68</sup> F. Terpan, *Article 44*, cit., 1255, ma cfr. anche S. Graf von Kielmansegg, *Article 46*, cit., 1290 e S. Montaldo, *Articolo 46 TUE*, cit., 138, ss.

<sup>69</sup> Mengozzi, C. Morviducci, *op. cit.*, 449 ss. Rispetto alla ipotesi di cooperazione rafforzata in ambito PSDC, si rammenta che l'art. 333, par. 3, TFUE, esclude che il Consiglio decida a

PeSCo può riguardare solo la difesa, peraltro in presenza di requisiti di partecipazione stringenti e impegni precisi a investire. In tal senso, la PeSCo appare connotata da una disciplina di ingresso più severa di quella della cooperazione rafforzata.<sup>70</sup>

Peraltro, dato che la cooperazione rafforzata può riguardare anche la PESC, dunque la PSDC e la difesa, ci si domanda se siano possibili delle sovrapposizioni tra le due forme di flessibilità in relazione agli aspetti militari e difensivi. In proposito, riteniamo tale ipotesi di difficile realizzazione, poiché la PeSCo rappresenta il quadro privilegiato di integrazione differenziata in materia militare. In buona sostanza, come è stato osservato, la cooperazione rafforzata avrebbe una “rilevanza piuttosto limitata”<sup>71</sup> in ambito difensivo. Trattasi, però, di un’opinione non da tutti condivisa. Infatti, secondo altra dottrina, la cooperazione rafforzata potrebbe costituire lo strumento idoneo per sviluppare forme di cooperazione in ambito *collegato* a quello militare.<sup>72</sup> Seppur tale evenienza non sia da escludere, ci permettiamo di osservare, forti della prassi intervenuta, che alcuni progetti della PeSCo non hanno natura univocamente militare, riguardando invece il sostegno alle capacità militari, come nel caso del progetto “Comando medico europeo”. Ebbene, se la PeSCo avesse compreso solo gli aspetti strettamente militari, non sarebbe stato possibile avviare un progetto riguardante l’*expertise* medica. Ad ogni modo, la prassi della cooperazione rafforzata e quella delle PeSCo riferiscono di cooperazioni di tipo differente, laddove nel primo caso le iniziative avviate hanno dato vita a legislazioni specifiche accompagnate dalla necessaria fase attuativa, e non, invece, a una fase fortemente operativa cogestita dagli Stati partecipanti.<sup>73</sup>

Restando sulle differenze tra cooperazione rafforzata e PeSCo, è stato affermato che la cooperazione rafforzata “can be organised on an ad hoc basis, which is not the case for ‘structured cooperation’ that needs to be ‘permanent’”,<sup>74</sup> con ciò alludendo a una differenza nella durata delle due forme di integrazione differenziata. Pur di fronte al carattere dichiaratamente “permanente” della PeSCo, l’argomento non ci sembra decisivo, poiché anche la cooperazione rafforzata ha carattere evolutivo,<sup>75</sup> sia rispetto alla permanenza del grado di integrazione raggiunto nella materia considerata, sia con riguardo al suo ampliamento, essendo aperta agli Stati membri che ancora non vi partecipino.<sup>76</sup>

---

maggioranza qualificata (par. 1) o secondo la procedura legislativa ordinaria (par. 2).

<sup>70</sup> S. Montaldo, *Articolo 46 TUE*, cit., 138, ss.

<sup>71</sup> C. Novi, *L’attuazione della cooperazione strutturata permanente (PESCO) nella prospettiva di una difesa europea più autonoma ed effettiva*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2019, 371.

<sup>72</sup> S. Graf von Kielmansegg, *Article 46*, cit., 1290 ss.

<sup>73</sup> Per i casi di cooperazione rafforzata finora avviati, cfr. M. Condinanzi, *L’integrazione differenziata nell’ambito dell’Unione europea*, in M. Vellano (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, Atti del XIX convegno S.I.D.I. (Courmayeur, 26-28 giugno 2014), Napoli, 2015, 423 ss. e R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.*, 53.

<sup>74</sup> F. Terpan, *Article 44*, cit., 1255.

<sup>75</sup> R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.*, 55.

<sup>76</sup> Art. 328 TFUE. Si noti che la norma pone in carico alla Commissione e agli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata un dovere di *best effort*, atto a promuovere la



Ancora, sono state evidenziate delle differenze procedurali, tra cui il numero minimo di Stati partecipanti e il ruolo della Commissione. Sul primo aspetto, mentre la cooperazione rafforzata prevede un numero minimo di nove Stati membri partecipanti, la PeSCo non fissa tale requisito, richiedendo invece il possesso di requisiti piuttosto stringenti, non invece imposti nel caso della cooperazione rafforzata. Ciò detto, alla prova dei fatti la PeSCo è risultata piuttosto inclusiva, comprendendo *ab initio* 25 Stati membri partecipanti e prevedendo la possibilità di coinvolgere Stati terzi. Quanto alla Commissione, mentre nella procedura relativa alla cooperazione rafforzata in ambito PESC e PSDC tale istituzione deve esprimere un parere sulla coerenza con le altre politiche dell'Unione europea,<sup>77</sup> nella procedura istitutiva della PeSCo non riveste alcun ruolo.<sup>78</sup> Ciò detto, si ritiene – ma sul punto si tornerà – che la Commissione si sia guadagnata un ruolo attivo nella PeSCo, che le consentirà di esprimersi anche rispetto alla coerenza della cooperazione *de qua* con altre iniziative in materia di difesa e con le altre politiche dell'Unione.

Riducendo a sintesi le varie posizioni intervenute e volendo fornire un inquadramento della natura della PeSCo, si potrebbe forse sposare il punto di vista espresso da autorevole dottrina, secondo cui tale forma di integrazione differenziata, stante le sue peculiarità, altro non è che una ipotesi specifica di cooperazione rafforzata avente sue proprie regole.<sup>79</sup> In pratica, secondo tale condivisibile opinione, tra la cooperazione rafforzata e la PeSCo intercorrerebbe un rapporto da genere a specie.

Ciò detto, alcune considerazioni a parte richiede l'inquadramento della PeSCo come forma di flessibilità interna alla PSDC, proposto da alcuni autori.<sup>80</sup> Conveniamo senz'altro con tale posizione, atteso che, in generale, la PSDC è caratterizzata da una certa flessibilità. In tal senso, si rammenta la forma di flessibilità strutturale legata all'*opting-out* della Danimarca, che, sin dalla creazione della PESC, non partecipa all'elaborazione e all'attuazione di decisioni e azioni dell'Unione che hanno implicazioni nel settore della difesa,<sup>81</sup> dunque nemmeno alla PeSCo<sup>82</sup> e all'AED.<sup>83</sup> Inoltre, anche l'ipotesi che il Consiglio affidi lo svolgimento di un'operazione militare o di una missione civile a un gruppo di

---

partecipazione del maggior numero possibile di Stati membri. In dottrina, cfr. M. Condinanzi, *op. cit.*, 419.

<sup>77</sup> Art. 329, par. 3, TFUE.

<sup>78</sup> A. Rizzo, *Profili giuridico-istituzionali della politica di sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, 301.

<sup>79</sup> Cfr. R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.* e V. Petralia, *op. cit.*, 372.

<sup>80</sup> G. Fiengo, *Brevi note sulle "missioni" dell'Unione europea per la gestione di crisi internazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, 565.

<sup>81</sup> Cfr. art. 5 del Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca.

<sup>82</sup> 10° 'considerando' della decisione (PESC) 2017/2315.

<sup>83</sup> Per R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.*, 50 Tale forma di flessibilità si riconduce alle ipotesi di applicazione differenziata del diritto dell'Unione riconducibili a deroghe espressamente riguardanti specifici Stati membri, cui portata e ambito materiale sono indicati direttamente dal diritto primario.

Stati membri che lo desiderino e dispongano delle capacità necessarie<sup>84</sup> – attivando una sorta di cooperazione differenziata su singoli interventi<sup>85</sup> – costituisce una forma di flessibilità nella attuazione della PSDC.

Forse, se qualcosa si può aggiungere rispetto a tale posizione, si potrebbe precisare che la PeSCo non è “solo” una forma di flessibilità, bensì un “quadro giuridico” che consente diverse forme di flessibilità. Infatti, è vero che la PeSCo è flessibile in sé, poiché è fondata sul principio della partecipazione su base volontaria degli Stati membri dell’Unione europea, ma essa consente anche, una volta avviata la fase operativa, di porre in essere delle forme di cooperazione differenziata ancor più puntuali<sup>86</sup> tra (diverse) compagini di Stati che partecipano ai singoli progetti. Peraltro, che si tratti di un “quadro giuridico” è più volte ribadito dal diritto derivato. La decisione (PESC) 2017/2315 chiarisce che la PeSCo “... è un quadro giuridico europeo ambizioso, vincolante ed inclusivo per gli investimenti nel settore della sicurezza e della difesa del territorio e dei cittadini dell’UE” e aggiunge che essa “... offre un quadro giuridico affidabile e vincolante entro il contesto istituzionale dell’UE”.<sup>87</sup> Tale multipla flessibilità pare, peraltro, confermata da uno sguardo di sintesi alla prassi finora intervenuta: mentre il progetto “Mobilità militare”<sup>88</sup> detiene il primato della massima partecipazione, contando 24 Stati partecipanti, sei progetti contengono un numero di partecipanti pari ad almeno 9 Stati,<sup>89</sup> diversi ne raccolgono da 5 a 8<sup>90</sup>

<sup>84</sup> Articoli 42, co. 5, e 44, co. 1, TUE. Invero, tale forma di flessibilità risale alla PESD a alla stagione forse più vivace di tale politica; nella prima prassi applicativa, non tutti gli Stati membri partecipavano a ogni operazione militare o missione civile, verificandosi – anzi – l’ipotesi che ad alcuni interventi prendessero parte degli Stati terzi. Ad ogni buon conto, tale prassi operativa è oggi parte del diritto dell’Unione europea.

<sup>85</sup> Così anche G. Fiengo, *op. cit.*, 560.

<sup>86</sup> S. Graf von Kielmansegg, *Article 46*, cit., 1290 ss., che ritiene i progetti dei “smaller packages of flexible cooperation” e anche P. De Pasquale, S. Izzo, *La politica di sicurezza e difesa dopo il Trattato di Lisbona tra Unione europea e Stati membri*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, 197.

<sup>87</sup> Decisione (PESC) 2017/2315, allegato I, ma cfr. anche l’allegato III.

<sup>88</sup> Questa la descrizione del progetto, contenuta nel sito ufficiale della PeSCo ([pesco.europa.eu](http://pesco.europa.eu)): “This project supports Member States’ commitment to simplify and standardize cross-border military transport procedures in line with the Council conclusions of 25th June 2018. It aims to enable the unhindered movement of military personnel and assets within the borders of the EU. This entails avoiding long bureaucratic procedures to move through or over EU Member States, be it via rail, road, air or sea. Issues on which the project is currently focused are the sharing of best practices, implementing the deliverables of the FAC-Defence Council conclusions of 25th June 2018 and strategic communication”.

<sup>89</sup> Ampì nella *membership* sono due progetti a coordinamento tedesco: “Rete di centri logistici in Europa e supporto alle operazioni”, che raggruppa 15 partecipanti, e “Centro di competenze delle missioni di formazione dell’Unione europea”, che ne raccoglie 13. Il progetto “Sistema terrestre integrato senza pilota” raccoglie, invece, 11 Stati partecipanti, mentre 10 partecipano al progetto “Comando medico europeo” e, infine, 9 ai progetti “Sistema radio sicuro europeo definito da software” e “Gruppi di risposta rapida agli incidenti informatici e mutua assistenza in materia di cibersicurezza”.

<sup>90</sup> Trattasi di 10 progetti PeSCo. Il progetto “Piattaforma per la condivisione di informazioni in materia di minaccia informatica e di risposta agli incidenti informatici” raggruppa 8 Stati partecipanti, che si riducono a 7 in “Sistemi marittimi (semi)autonomi per contromisure mine” e “Rinforzo della sorveglianza marittima”, per scendere ulteriormente a 6 in “Condivisione di basi” e, infine, a 5 nei seguenti progetti: “Sistemi aerei a pilotaggio remoto a media quota e lunga autonomia europei (Eurodrone)”, “Sistema di comando e controllo

e, riducendo ancor di più la compagine di progetto, molti altri ne raggruppano da 2 a 4.<sup>91</sup>

Infine, sempre in tema di flessibilità interna al “quadro PeSCo”, merita rammentare l'ipotesi che gli Stati terzi partecipino a singoli progetti, anche se, nel momento in cui si scrive, dev'essere considerata ancora potenziale, poiché tale partecipazione esterna è in fase di discussione. Infatti, come ha dichiarato l'Alto Rappresentante a margine del Consiglio Affari esteri del 14 maggio 2019, “There is one point that is still under discussion among Member States and that is the Council Decision regarding the participation of third States in PESCO projects. I hope that the Member States will find common view on this by the June Council so that we can take a decision on that”<sup>92</sup>. È ben chiaro che l'ingresso degli Stati terzi nei progetti della PeSCo renderebbe tale cooperazione ancor più a geometria variabile, oltre che sempre più inclusiva.

## 6. Il ruolo attivo del Parlamento e della Commissione nella PeSCo

Si è detto che nella PESC e nella PSDC la partecipazione delle istituzioni “comunitarie” è formalmente ridotta, anche se, in alcuni casi, esse hanno guadagnato spazi più ampi di intervento. Si pensi al Parlamento europeo e alla Commissione rispetto ad alcuni aspetti istituzionali – ad esempio, le vicende relative all'organizzazione e al funzionamento del SEAE<sup>93</sup> – o ad alcuni sviluppi

---

strategici per le operazioni e missioni PSDC”, “Sorveglianza chimica, biologica, radiologica e nucleare come servizio”, “Pacchetto per il dislocamento della capacità di soccorso militare nelle emergenze”, “Centro operativo EUFOR di risposta alle crisi” e “Soluzione di radionavigazione dell'UE”.

<sup>91</sup> La ridotta partecipazione riguarda i seguenti 17 progetti: 4 Stati partecipanti per “Funzione operativa energia”, “Elemento di coordinamento del supporto geometereologico e oceanografico”, “Sorveglianza e protezione marittima e dei porti”, “Centri di valutazione e test dell'UE”; 3 per “Elicotteri da attacco europei TIGER Mark III”, “Veicoli corazzati da combattimento per la fanteria/veicoli d'assalto anfibo/veicoli corazzati leggeri”, “Sostegno di fuoco indiretto (Euroartiglieria)”, “Sistemi missilistici dell'UE per il campo di battaglia terrestre oltre la linea di veduta”, “Pacchetto di capacità di intervento subacqueo modulare schierabile”, “Addestramento per elicotteri ad alta temperatura e ad alta quota”; infine, compagine ridotta a 2 partecipanti per i progetti “Contrasto al sistema aereo senza pilota”, “Piattaforma europea aeronavi in alta atmosfera - Capacità persistente di intelligence, sorveglianza e ricognizione”, “Posto di comando schierabile per il comando e controllo tattici delle forze per operazioni speciali per operazioni congiunte di piccole dimensioni”, “Capacità di guerra elettronica e programma di interoperabilità per la futura cooperazione in materia di intelligence, sorveglianza e ricognizione”, “Rete di conoscenza della sorveglianza spaziale militare europea”, “Centro europeo di certificazione dell'addestramento per gli eserciti europei” e, per concludere il lungo elenco, “Scuola interforze di intelligence dell'UE”.

<sup>92</sup> Remarks by High Representative/Vice-President Federica Mogherini at the press conference following the Foreign Affairs Council (Defence), Bruxelles, 14/05/2019.

<sup>93</sup> Ferma restando la procedura prevista dall'art. 27, co. 3, TUE, che prevede la partecipazione del Parlamento (consultazione) e della Commissione (approvazione) all'adozione della decisione relativa all'organizzazione e al funzionamento del SEAE, le due istituzioni hanno ampliato la loro sfera d'influenza su tale organo e sulla sua attività. Per il Parlamento, si pensi, ad esempio, alle possibilità offerte alla Dichiarazione sulla responsabilità politica del 2010 dell'Alto Rappresentante, che in via di prassi stabilisce delle forme di controllo parlamentare non previste dalle norme primarie e dal diritto secondario, o ai poteri di bilancio (su tali aspetti, ci si permette di rinviare a L. Paladini, *Il Servizio europeo per l'azione esterna. Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, Bari, 2017 110 ss.). Quanto alla

giurisprudenziali che hanno, di fatto, esteso il sindacato della Corte di giustizia sugli atti PESC.<sup>94</sup> A nostro avviso, ciò denota l'oramai irreversibile influenza delle istituzioni "comunitarie" rispetto a tale ambito dell'azione esterna loro parzialmente precluso. La stessa tendenza riguarda anche la PeSCo, con particolare riguardo al Parlamento europeo e, soprattutto, alla Commissione.

Quanto all'Assemblea, essa ha sfruttato le sue funzioni di controllo politico *ex art. 36 TUE* per intervenire sulla PeSCo, in particolare attraverso l'adozione di alcune risoluzioni. Ad esempio, già nel 2016 l'Assemblea aveva approvato una risoluzione sull'Unione europea della difesa,<sup>95</sup> nella quale, intervenendo ampiamente sul tema della sicurezza e della PSDC, incoraggiava "il Consiglio europeo a promuovere la graduale definizione di una politica di difesa comune a livello dell'Unione"<sup>96</sup> e l'avvio della PeSCo,<sup>97</sup> sollecitando altresì la Commissione

---

Commissione, basti ricordare quanto sostiene J.-H. Morgenstern-Pomorski, *The Contested Diplomacy of the European External Action Service*, London, 2018, secondo cui l'Alto Rappresentante in carica, nonché Vicepresidente della Commissione, ha mutato l'organizzazione del SEAE, al fine di renderlo più simile a come opera la Commissione e, dunque, di facilitare la cooperazione con l'istituzione.

<sup>94</sup> Due recenti cause hanno offerto alla Corte di giustizia l'occasione di ampliare la sua giurisdizione nella PESC/PSDC, o comunque nella sua orbita, oltre a quanto strettamente previsto dagli articoli 40 TUE e 275 TFUE. Nella prima (sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2016, causa C-455/14 P, *H c. Consiglio, Commissione e Missione di polizia dell'Unione europea (EUPM) in Bosnia-Erzegovina*, ECLI:EU:C:2016:569), la Corte si è espressa su una questione squisitamente giuslavoristica, avente ad oggetto una decisione sul trasferimento di un esperto nazionale distaccato, adottata dal capo della missione civile di polizia *EUPM* in Bosnia-Erzegovina. Ebbene, pur trattandosi di un provvedimento avente innegabili aspetti operativi ricadenti nella PSDC, i giudici d'appello lo inquadrano come atto di gestione del personale, al pari di qualunque decisione simile adottata dalle istituzioni dell'Unione nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze, e, per tale motivo, non appartenente al *genus* degli atti che per effetto dell'art. 24 TUE sfuggono al controllo giurisdizionale. La Corte annulla quindi l'ordinanza del Tribunale che aveva dichiarato inammissibile la questione, ordinandogli di statuire sul merito, come poi accaduto. Merita segnalare che il Tribunale ha confermato tale approccio nella successiva giurisprudenza riguardante cause simili (sentenza del 12 aprile 2018, causa T-763/16, *PY c. EUCAP Sahel Niger*, ECLI: EU:T:2018:181, punto 53; sentenza del 25 ottobre 2018, causa T-286/15, *KF c. Centro satellitare dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2018:718, punti 80 e ss.). Nella seconda causa che si segnala (sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2017, causa C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e altri*, ECLI:EU:C:2017:236), i giudici hanno fornito alcuni importanti chiarimenti sulle modalità di attuazione dell'art. 40 TUE e sul controllo di legittimità che può esercitare sulle decisioni PESC che prevedono misure restrittive nei confronti di singoli. Essi affermano di essere competenti a statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* vertente sulla compatibilità, con l'art. 40 TUE, di una decisione PESC che impone delle misure restrittive. Finora, come nella giurisprudenza sul precedente art. 47 TUE, il sindacato era avvenuto a seguito dell'impugnazione diretta di atti dell'Unione, mentre con tale sentenza si afferma la possibilità che il controllo possa essere attivato indirettamente, qualora la Corte sia adita da un giudice nazionale che nutra dubbi sulla validità di un atto dell'Unione che venga in rilievo in una causa nazionale. Su tale pronuncia, cfr. per tutti S. Poli, *The Common Foreign Security Policy after the Rosneft ruling: still imperfect but gradually subject to the rule of law*, in *Common Market Law Review*, 2017, 1799 ss.

<sup>95</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2016 sull'Unione europea della difesa (2016/2052(INI)).

<sup>96</sup> *Ibidem*, punto 1.

<sup>97</sup> *Ibidem*, punti da 9 a 11.

ad attivarsi nell'ambito delle sue competenze e con il pieno coinvolgimento dell'Alto Rappresentante nonché Vicepresidente di diritto del Collegio.<sup>98</sup>

Un altro esempio è fornito dalla risoluzione sulla relazione annuale sulla PSDC approvata l'anno successivo,<sup>99</sup> con la quale l'Assemblea accoglieva con favore la notifica relativa alla PeSCo e la sua prevista attuazione, sottolineando la necessità di svilupparla nel quadro dell'Unione europea e con il suo effettivo sostegno, anche finanziario.<sup>100</sup> Peraltro, la stessa risoluzione offre un esempio di come, secondo quanto afferma l'art. 36 TUE, le opinioni del Parlamento – che è regolarmente informato sui principali aspetti, sulle scelte fondamentali e sulla evoluzione della PESC e procede, due volte all'anno, a un dibattito sui progressi compiuti nell'attuazione di tale politica – sono “debitamente prese in considerazione”. Infatti, l'atto *de quo* esortava alcuni sviluppi operativi che, successivamente, sono divenuti oggetto di progetti della PeSCo. Ci si riferisce alla circolazione transfrontaliera delle forze militari, rispetto alla quale l'Assemblea chiedeva l'adozione di misure atte a facilitarla<sup>101</sup>; l'aspetto in questione è poi divenuto, come si ricorderà, il progetto “Mobilità militare”, peraltro ad ampia adesione, come auspicato dal Parlamento stesso.<sup>102</sup> Ancora, nel segnalare l'emergenza relativa agli attacchi informatici, l'istituzione incoraggiava l'Alto Rappresentante a elaborare proposte per considerare, nel quadro della PeSCo, l'aspetto relativo alla cybersicurezza.<sup>103</sup> Tale auspicio ha trovato oggi realizzazione in diversi progetti facenti capo all'ambito “cyber e comando e controllo”, che raccoglie un quinto del totale, alcuni dei quali a significativa partecipazione e riguardanti temi quale la mutua assistenza in materia di attacchi informatici<sup>104</sup> o la condivisione di informazioni in materia di minacce informatiche e di risposta agli incidenti informatici.<sup>105</sup>

Venendo, invece, alla Commissione, va preliminarmente segnalato che le sue più recenti iniziative in ambito PSDC trovano origine nel “Documento di riflessione sul futuro della difesa europea” del 2017,<sup>106</sup> il quarto di diversi documenti tematici scaturiti dal “Libro bianco sul futuro dell'Europa” a 27 Stati membri, attraverso cui il Collegio ha inteso contribuire al dibattito sul ruolo dell'Unione in materia di sicurezza e di difesa. Dopo aver evidenziato le nuove

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, punti 6, 19, 31, 32.

<sup>99</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2017 sulla relazione annuale sull'attuazione della politica di sicurezza e di difesa comune (2017/2123(INI)).

<sup>100</sup> *Ibidem*, punti 31 ss.

<sup>101</sup> *Ibidem*, punto 33.

<sup>102</sup> Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 dicembre 2018 sulla mobilità militare (2018/2156(INI)), punto 24.

<sup>103</sup> *Ibidem*, punto 36.

<sup>104</sup> Ad esempio, il progetto “Gruppi di risposta rapida agli incidenti informatici e mutua assistenza in materia di cybersicurezza” raccoglie Lituania (coordinatore), Estonia, Spagna, Francia, Croazia, Olanda, Polonia, Romania e Finlandia.

<sup>105</sup> Il progetto “Piattaforma per la condivisione di informazioni in materia di minaccia informatica e di risposta agli incidenti informatici” raggruppa Grecia, Spagna, Italia, Cipro, Ungheria, Austria e Portogallo, con coordinamento greco.

<sup>106</sup> Commissione europea, Documento di riflessione sul futuro della difesa europea, Bruxelles, 7.6.2017, COM(2017) 315 final.

minacce alla sicurezza europea e le duplicazioni in materia di difesa e aver altresì prefigurato un potenziamento dell'entità e dell'efficienza della spesa per la difesa, anche con il sostegno dell'Unione, il Documento del 2017 offre una progressione di tre scenari di cooperazione, dalla più blanda alla più intensa, che potrebbero concretizzarsi nell'Europa del 2025. Su tali scenari si tornerà, *medio tempore* evidenziando che, con riguardo all'aspetto finanziario, la Commissione menziona un fondo europeo per la difesa quale forma di finanziamento alla cooperazione in materia difensiva.

Tale riferimento si è poi tradotto in iniziative finanziarie concrete, in particolare in due programmi di cooperazione e finanziamento<sup>107</sup> che hanno anticipato l'adozione, da parte della Commissione, della proposta di regolamento istitutiva del Fondo europeo per la difesa, oggi in fase di approvazione da parte del Parlamento e del Consiglio (nel momento in cui si scrive, l'*iter* codecisorio non è ancora giunto al compimento della prima lettura).<sup>108</sup>

Ebbene, a partire dal periodo finanziario 2021-2027, il Fondo in questione sosterrà i progetti di ricerca e innovazione in materia di difesa a valere sul bilancio dell'Unione. Uno sguardo alla proposta istitutiva consente di comprenderne gli ampi obiettivi. È generale l'obiettivo della promozione della competitività, dell'efficienza e della capacità di innovazione dell'industria europea della difesa, da realizzare sostenendo azioni di collaborazione e la cooperazione transfrontaliera. Sono, invece, obiettivi specifici (a) sostenere i progetti di ricerca collaborativa che potrebbero migliorare sensibilmente le prestazioni delle capacità di difesa e (b) sostenere i progetti collaborativi di sviluppo di prodotti e tecnologie della difesa in linea con le priorità definite nel quadro della PESC, contribuendo ad aumentare l'efficienza della spesa nel settore della difesa nell'Unione europea. Tali obiettivi mettono in luce i fondamenti giuridici primari del Fondo – ovvero, “ricerca e sviluppo tecnologico e spazio” e “industria”, nelle cui discipline si rinvengono le basi giuridiche della proposta di atto<sup>109</sup> – senza perdere di vista la relazione diretta con lo sviluppo di capacità difensive e, più in particolare, con la PeSCo. D'altronde, è la stessa relazione accompagnatoria del proposto regolamento a premettere che il Fondo europeo per la difesa e la PeSCo sono iniziative complementari e di sostegno reciproco: “Vi sarà una stretta correlazione tra il Fondo e i progetti attuati nel quadro della cooperazione strutturata permanente nel settore della difesa (PESCO). Ai progetti PESCO valutati ammissibili verrà concesso un 'bonus PESCO' sotto forma di tasso di finanziamento più elevato. È opportuno invitare la Commissione ad associarsi ai

<sup>107</sup> Trattasi del Programma europeo di sviluppo del settore industriale della difesa (EDIDP) e del *Preparatory Action on Defence research* (PADR). Per sua parte, il Programma EDIDP è volto a fornire sostegno finanziario durante la fase di sviluppo di nuovi prodotti e tecnologie, ossia la fase che segue la ricerca e precede l'acquisto di sistemi di difesa. Il PADR, invece, mira a dimostrare la rilevanza della ricerca per la difesa in Europa, al fine di assicurare nuove capacità strategiche alle Forze armate e accrescere la competitività e le opportunità di sviluppo all'industria della difesa europea.

<sup>108</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Fondo europeo per la difesa (Testo rilevante ai fini del SEE), COM(2018) 476, 4.

<sup>109</sup> Articoli 173, par. 3, 182, par. 4, 183 e 188, par. 2, TFUE.

lavori relativi ai progetti per essere consultata, in modo che possa contribuire a valutare l'eventuale ammissibilità di tali progetti ai finanziamenti a titolo del Fondo". Sicché, ad esempio, l'articolato proposto evidenzia, tra gli effetti dell'avvio del fondo in questione, la maggiore interoperabilità tra le capacità degli Stati membri, dunque un'area di cooperazione indicata dal Protocollo n. 10 e successivamente declinata in ambiti specifici per i progetti PeSCo dalla decisione (PESC) 2017/2315.

Se, da una parte, il Fondo europeo per la difesa incentiverà ulteriormente la cooperazione in ambito PeSCo, dall'altra esso offrirà alla Commissione la possibilità di orientarla, restando nella sua competenza l'individuazione delle azioni ammissibili, la loro selezione e l'attribuzione del finanziamento. Tale considerazione assume ancor più rilevanza se si considera che la sua dotazione – 13 miliardi di euro – non cospicua ma nemmeno irrisoria, rappresenta circa la metà dei finanziamenti destinati all'ambito "difesa e sicurezza interna" nel periodo di programmazione 2021-2027 e un decimo dell'ammontare del finanziamento complessivo dedicato all'azione esterna dell'Unione.<sup>110</sup> A ciò si aggiunga che, con un importo pari alla metà del Fondo europeo per la difesa, il prossimo programma finanziario "Meccanismo per collegare l'Europa"<sup>111</sup> sosterrà anche le azioni riguardanti la mobilità militare, aumentando ulteriormente le risorse a favore di una delle priorità della PeSCo. Si deve, quindi, convenire con la dottrina che ha affermato "(a)lthough the European Commission has no legal basis in the treaties for the identification of defence capabilities, the Commission has therefore recently emerged as an important actor as far as potentially incentivising joint capability development is concerned".<sup>112</sup>

Sempre con riguardo al Collegio, un'altra questione da affrontare riguarda il suo ruolo nel conseguimento della coerenza nelle questioni relative alla PeSCo. Si è detto che, contrariamente alla cooperazione rafforzata,<sup>113</sup> la Commissione non ha rivestito alcun ruolo nell'istituzione e avvio della PeSCo, non prevedendo l'art. 46 TUE il suo coinvolgimento. D'altra parte, il diritto derivato afferma, in più punti e in diverse accezioni, la necessità di garantire la coerenza della PeSCo. Dunque, sul piano "interno" dev'essere conseguita la coerenza tra i progetti PeSCo,<sup>114</sup> tra la PeSCo e la PSDC<sup>115</sup> e tra la PeSCo, CARD e le iniziative di sostegno finanziario in materia di difesa, *in primis* il Fondo europeo per la

<sup>110</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 2 maggio 2018, Un bilancio moderno al servizio di un'Unione che protegge, che da forza, che difende. Quadro finanziario pluriennale 2021-2027, COM(2018) 321 final.

<sup>111</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il meccanismo per collegare l'Europa e abroga i regolamenti (UE) n. 1316/2013 e (UE) n. 283/2014, COM(2018) 438 final.

<sup>112</sup> D. Fiott, A. Missiroli, T. Tardy, *op. cit.*, 47 ss.

<sup>113</sup> Art. 329, par. 3, TFUE. Sul punto, A. Rizzo, *op. cit.*, 285 ss.

<sup>114</sup> Cfr. decisione (PESC) 2017/2315, allegato I, decisione (PESC) 2018/340, 5° 'considerando' e decisione (PESC) 2018/909, 3° 'considerando'.

<sup>115</sup> Cfr. decisione (PESC) 2017/2315, allegato III, punto 1.

difesa.<sup>116</sup> Invece, sul piano della coerenza “esterna” il 10° ‘considerando’ della decisione (PESC) 2017/2315 evidenzia – riecheggiando il secondo inciso dell’art. 21, co. 3, TUE – che “Vi *dovrebbe* [corsivo aggiunto] essere coerenza tra le azioni intraprese nel quadro della PESCO, le altre azioni PESC e le altre politiche dell’Unione. Il Consiglio e, entro i limiti delle rispettive competenze, l’AR [l’Alto Rappresentante] e la Commissione dovrebbero cooperare al fine di massimizzare le sinergie laddove opportune”, mentre l’art. 6 della stessa decisione afferma, stavolta in termini certi ma senza citare il Collegio, che “Il Consiglio ... garantisce l’unità, la coerenza e l’efficacia della PESCO”,<sup>117</sup> aggiungendo che l’Alto Rappresentante, pienamente associato ai suoi lavori, contribuisce a tali obiettivi.

Ora, a fronte di tali formulazioni e avendo a mente il disposto *ex art.* 21, co. 3, TUE (“L’Unione assicura la coerenza tra i vari settori dell’azione esterna e tra questi e le altre politiche. Il Consiglio e la Commissione, assistiti dall’alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, garantiscono tale coerenza e cooperano a questo fine”), riteniamo arduo che la Commissione non rivesta alcun ruolo nel garantire la coerenza tra la PeSCo e le altre politiche dell’Unione europea, sia perché così dispone l’appena citata norma primaria, sia perché l’Alto Rappresentante – nonché Vicepresidente del Collegio incaricato di vigilare sulla coerenza dell’azione esterna e coordinatore dei commissari aventi portafogli esterni o a valenza esterna – è pienamente associato ai lavori della cooperazione *de qua*. Dunque, a nostro modesto avviso, la lettura combinata delle diverse norme sopracitate prospetta uno scenario nel quale le questioni di coerenza “esterna” della PeSCo siano affrontate sostanzialmente nei termini indicati dall’art. 21, co. 3, TUE, dunque con la partecipazione *pro quota* della Commissione.

## 7. La PeSCo e le prospettive di integrazione europea in materia di difesa

Resta, infine, da comprendere se la PeSCo, intesa come forma di flessibilità atta a favorire l’integrazione in ambito PSDC, possa proiettarsi verso l’obiettivo ad attuazione progressiva contenuto nell’art. 42, co. 2. TUE, cioè la “*graduale* definizione di una politica di difesa comune dell’Unione” [corsivo aggiunto], che “... condurrà a una difesa comune quando il Consiglio europeo, deliberando all’unanimità, avrà così deciso”, “raccomanda[ndo] agli Stati membri di adottare una decisione in tal senso conformemente alle rispettive norme costituzionali”.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> Cfr. decisione (PESC) 2018/340, 5° ‘considerando’, e decisione (PESC) 2018/909, 3° ‘considerando’.

<sup>117</sup> Cfr. decisione (PESC) 2017/2315, allegato III, punto 2.

<sup>118</sup> Interessante è il richiamo agli Stati membri – e non agli Stati partecipanti – alla luce dell’elevata partecipazione alla PeSCo. Se si escludono Danimarca e Regno Unito, l’unico Stato membro non partecipante alla PeSCo è Malta, che, nella prospettiva della difesa comune europea, dovrà comunque ratificare tale esito. I tempi per raggiungere siffatto obiettivo sono, però, lunghi e nulla esclude che tale Stato membro, pur obiettivamente meno attrezzato sul piano militare, possa infine prendere parte alla PeSCo, la cui *membership* giungerebbe, quindi, quasi a coincidere con l’intera Unione europea. In tal senso, merita



In tal senso, è bene rammentare che mentre il diritto primario collega la PeSCo alla PSDC (si rammentano le “missioni più impegnative” *ex art. 42, co. 6, TUE*), lo stesso non è per lo sviluppo di una politica di difesa comune e di una difesa comune. Ciò nonostante, riteniamo che tale collegamento sussista. In tale direzione si sono espressi gli Stati proponenti l'avvio della PeSCo e gli Stati membri dell'Unione, in due diverse occasioni. Da una parte, nella notifica del 13 novembre 2017 gli Stati proponenti si sono detti “determinati a conseguire un nuovo livello nella graduale definizione di una politica di difesa comune dell'Unione, come previsto all'articolo 42, paragrafo 2, del TUE, attraverso l'instaurazione di una cooperazione strutturata permanente nel quadro dell'Unione, tenuto conto del carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di tutti gli Stati membri”. Dall'altro, l'allegato I (“Principi della PeSCo”) della decisione (PESC) 2017/2315 approvata dal Consiglio (a 27 Stati membri) afferma a chiare lettere che “La PESCO è un passo fondamentale verso il rafforzamento della politica di difesa comune. Potrebbe essere un elemento che conduce a una difesa comune ... Siamo dell'idea che una PESCO inclusiva sia lo strumento più importante per promuovere la sicurezza e la difesa comune in un settore che richiede più coerenza, continuità, coordinamento e collaborazione. Gli sforzi europei a tal fine devono essere uniti, coordinati e significativi nonché fondarsi su orientamenti politici concordati in comune”. Appare piuttosto chiaro che la PeSCo, sebbene inizialmente concepita al fine di sollecitare gli Stati *able and willing* a migliorare le proprie capacità ai fini “delle missioni più impegnative”, sia stata successivamente considerata un primo passo verso una politica di difesa comune e, in prospettiva, una difesa europea.

Ciò precisato, ci si potrebbe domandare a che punto sia la realizzazione dell'obiettivo ad attuazione progressiva *ex art. 42, co. 2. TUE* e come si collochi la PeSCo nel percorso verso la difesa comune. In tal senso, riteniamo utile tornare sul Documento di riflessione del 2017, nel quale, come si ricorderà, la Commissione ha prefigurato, secondo una logica incrementale, tre possibili scenari di cooperazione in materia di difesa per il 2025. Scenari secondo cui, nell'ordine, gli Stati membri dell'Unione (a) proseguono in una cooperazione in materia di difesa volontaria e non vincolante, (b) addivengono a una politica di difesa condivisa, nella quale la maggiore cooperazione diverrebbe la norma piuttosto che l'eccezione e, infine, (c) cooperano e si integrino così profondamente da sviluppare una difesa comune. A nostro modesto avviso, tali scenari ripercorrono, a partire dalla situazione esistente prima dell'istituzione della PeSCo [scenario (a)], la progressività degli obiettivi descritta dall'art. 42, co. 2, TUE. La norma afferma, infatti, che la PSDC comprende la *graduata* definizione di una politica di difesa comune [scenario (b)] e, in prospettiva, di una difesa comune [scenario (c)]. Ebbene, riteniamo che la PeSCo possa collocarsi a cavallo tra gli scenari (a) e (b), poiché, in quanto quadro giuridico vincolante altamente inclusivo e giunto alla fase operativa, ci sembra superare la mera cooperazione

---

rammentare che, pur non partecipando alla PeSCo, Malta fa parte dell'AED, dunque in realtà tale Stato membro ha già aderito a una prima forma di cooperazione in materia di difesa.

volontaria indicata nello scenario (a), senza però aver raggiunto il livello di integrazione “come regola” previsto dallo scenario (b), implicando quest’ultimo l’avvenuto approdo alla politica di difesa comune. In buona sostanza, la PeSCo ci appare operativamente proiettata verso la definizione di una politica di difesa comune, una volta realizzata la quale sarà possibile volgere lo sguardo verso l’ulteriore obiettivo *ex art. 42, co. 2. TUE* relativo alla creazione di una difesa comune europea [scenario (c)].

Diversi elementi depongono a favore di tale conclusione. Senz’altro il carattere permanente della PeSCo, la sua alta inclusività, la sua scansione in fasi operative – la seconda delle quali, peraltro, si chiuderà proprio nel 2025 – e la sua contestualizzazione nel citato *comprehensive defence package* dell’Unione europea, che offre un rilevante sostegno finanziario. Dalla prassi parrebbero, invece, giungere dei segnali più timidi: dei 34 progetti adottati dal Consiglio, solo 3 vedono la partecipazione di oltre la metà degli Stati partecipanti e trattasi di progetti riconducibili alla migliore conduzione delle operazioni militari dell’Unione, mentre oltre la metà sono progetti attuati da compagini ristrette (fino a 7 Stati partecipanti). Ciò detto, se si tiene conto che la PeSCo si trova nella prima delle sue fasi (periodo 2018-2021), tali indicazioni di prassi potrebbero anche essere lette come delle anticipazioni di integrazione in materia di difesa. Inoltre, è ben vero che parte dei progetti a bassa partecipazione sono alquanto scoraggianti sul piano dell’inclusività, ma essi sono, al contempo, incoraggianti rispetto all’obiettivo conseguito, poiché proiettato verso forme integrate di difesa, come, ad esempio, nel caso del progetto sull’elicottero TIGER Mark III o di quello riguardante la costruzione di prototipi europei di veicoli corazzati da combattimento, d’assalto anfibio e corazzati leggeri.<sup>119</sup>

Naturalmente, le stesse considerazioni rendono evidente che la PeSCo non è, in questa fase, proiettata direttamente verso la difesa comune. A nostro avviso, solo al termine del periodo 2021-2025 sarà possibile “fare il punto sulla PeSCo”, per comprendere se sarà stata realizzata una politica di difesa comune, punto di partenza verso la difesa comune, o se sarà, invece, proseguire lungo lo stesso cammino verso una politica comune. In tal senso, la previsione secondo cui al termine del periodo 2021-2025 si aprirà un processo di revisione della PeSCo sarà funzionale rispetto a tali valutazioni. Gli Stati partecipanti dovranno, infatti, valutare la realizzazione dei progetti avviati e ne decideranno di nuovi “per intraprendere una nuova fase verso l’integrazione europea nel settore della sicurezza e della difesa”.<sup>120</sup>

La difesa comune resta, comunque, un obiettivo da perseguire, seppur a lungo termine. In tal senso, giova ricordare come esso sia stato considerato rilevante non solo a fini difensivi, ma anche come fattore unificante agli albori del processo di integrazione europea. Nel febbraio del 1952, poco prima della firma del Trattato istitutivo della CECA, all’apertura della Conferenza per l’organizzazione dell’esercito europeo che portò alla stipula del Trattato

<sup>119</sup> Il progetto vede la partecipazione di Italia (coordinatore), Grecia e Slovacchia.

<sup>120</sup> Decisione (PESC) 2017/2315, allegato III, punto 3.

istitutivo della Comunità europea di Difesa<sup>121</sup> Robert Schuman affermò che “L'Europa non nascerà di getto, come città ideale. Essa si farà; anzi si sta già facendo, pezzo per pezzo, settore per settore. L'esercito europeo segna una di queste fasi”.<sup>122</sup> Tale obiettivo resta attuale negli stessi termini, come afferma il preambolo al TUE, che riporta la volontà degli Stati membri “ad attuare una politica estera e di sicurezza comune che preveda la definizione progressiva di una politica di difesa comune, che potrebbe condurre ad una difesa comune a norma delle disposizioni dell'articolo 42, rafforzando così l'identità dell'Europa e la sua indipendenza al fine di promuovere la pace, la sicurezza e il progresso in Europa e nel mondo”. Ebbene, in tale direzione, riteniamo che una PeSCo vincolante, fortemente operativa e inclusiva possa costituire un ottimo presupposto per la realizzazione dell'ambizioso obiettivo di sviluppare una vera e propria difesa comune europea.

---

<sup>121</sup> *Traité instituant la Communauté européenne de défense*, firmato a Parigi il 27 maggio 1952 da Francia, Germania, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo e Italia. Come noto, il trattato non è mai entrato in vigore. Sul contenuto del trattato in questione, cfr. per tutti M. Trybus, *The Vision of the European Defence Community and a Common Defence for the European Union*, in M. Trybus, N.D. White (eds.), *European Security Law*, Oxford, 2007, 13 ss.

<sup>122</sup> Discorso inaugurale alla Conferenza per l'organizzazione dell'esercito europeo, *Quai d'Orsay*, Parigi, 15 febbraio 1951.



# *Human Rights Cities: lo Human Rights-Based Approach per la governance locale*

di *Giovanna Tieghi*

**Abstract: Human Rights Cities: The Human Rights-Based Approach for the Local Governance** – The focus is on the emerging role of Human Rights Cities in promoting human rights through new local governance tools. The concept has become regulatory since the Gwanju Declaration on Human Rights City (2011). Clearly stated is also the Goal 11 of the 2030 Sustainable Development Agenda – UN of 2015.

The evolution is on the relationship between participatory democracy and human rights, as well as between rights and resources. This paper considers the path developed by the European Charter in 2000 and the Global Charter Agenda in 2011, as well subsidiary practices challenging traditional forms of governance: new scenarios are open in the comparative institutional perspective.

1933

---

**Keywords:** Human rights; Governance; Local; Right to the city; Democracy.

## **1. *Human Rights Cities (HRC): riflessioni introduttive per un Right-Approach “dall’alto”. Verso una “nuova costruzione della sfera pubblica” tra diritto e realtà***

Le città appaiono essere, oggi più che mai, la dimensione giuridico-istituzionale di più evidente avanguardia per la realizzazione di nuove forme e innovative pratiche applicative nei più disparati settori: economico, istituzionale, urbanistico, ambientale, sociologico, storico e, finanche, etico<sup>1</sup>. Ciò che sta emergendo, però, in

---

<sup>1</sup> La letteratura scientifica si è sempre più arricchita di studi multidisciplinari che, nel tempo, si sono dimostrati in grado di contribuire efficacemente alla definizione del ruolo delle città, anche dal punto di vista giuridico. *Ex multis*, si ricordano, in specie, i lavori che approfondiscono il “nuovo modello di città” dell’era contemporanea (G.F. Ferrari (a cura di), *La prossima città*, Milano, 2018); quelli che affrontano il fenomeno urbano nell’ottica della complessità (C. S. Bertuglia, F. Vaio, *Il fenomeno urbano e la complessità*, Torino, 2019); le analisi che si soffermano sulle politiche urbane del mondo post-globale, come quella che propone il nuovo modello di “città flessibile” incentrata sulla formazione di aree di autogoverno in modo da favorire l’espressione libera di modelli alternativi di vita e di partecipazione politica, tra politica, geografia, storia ed ecologia (C. Poli, *Città flessibili. Una rivoluzione nel governo urbano*, Torino, 2009); gli studi sulla città di domani, trasformate dai progressi della tecnologia e dalla diffusione delle reti (C. Ratti, *La città di domani. Come le reti stanno cambiando il futuro urbano*, Torino, 2017), fino a quel noto primo sguardo sulla “tradizione civica” locale come motore di istituzioni virtuose, esito di studi sperimentali *in loco* da parte di uno dei maggiori scienziati sociali (R. Putnam, *Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton, 1994), oggi rinvenibile anche nella versione italiana (R. Putnam, *La tradizione civica nelle Regioni italiane*, Milano, 1997).

modo sempre più significativo per la prospettiva giuridica – ossia, con riferimento ad una più avanzata ed effettiva protezione dei diritti “dell’uomo”, “sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”, secondo quanto invoca lo stesso art. 2 della Costituzione italiana –, è il ruolo operativo dei c.d. *local governments* anche nella protezione, promozione e applicazione di una particolare categoria di diritti: i diritti umani<sup>2</sup> (*Human Rights* - HR).

Il contesto in cui tale fenomeno si è andato a delineare, in specie negli ultimi decenni è, di base, quello internazionale, cui fanno capo le più note prescrizioni e dichiarazioni in materia di diritti umani tra cui, *in primis*, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948<sup>3</sup>. Ad esso, però, si è aggiunta un’inedita accezione di sperimentazione locale che, nello specifico, ha preso le forme, recepito i valori e consolidato le istanze del livello più vicino al cittadino: tale dimensione coincide con la comunità caratterizzante il luogo delle città (o *cities*).

Diritti umani, dunque, e città. Come leggerne una possibile correlazione? Quale possibilità di incidere, sul piano giuridico, su un ripensamento delle categorie che hanno visto, da sempre, i diritti umani appannaggio esclusivo delle più alte sfere internazionali non solo dal punto di vista della teoria generale del diritto ma, soprattutto, in considerazione degli studi che, come dimostrano anche i più recenti risultati<sup>4</sup>, spingono la loro analisi operativa fino alle *practices* di livello solo statale? Che ruolo giocano, in questo contesto, le entità *sub-statali* e, in specie, le città in quanto tali?

Per rispondere a tali quesiti è imprescindibile, innanzitutto, porsi il problema del modo con cui si intendono concepire i diritti umani: “human rights as a system of law relevant to local practice” oppure diritti umani “as a ‘moral vocabulary and a vision of good governance’”<sup>5</sup>? In altri termini, quale, tra le due suindicate prospettive, appare meglio supportare il modello di coordinamento tra HR e dimensione locale, generando, così, di fatto, un più efficace spazio per un aggiornato *right-approch* sul tema delle città?

<sup>2</sup> “Cities and regional governments have long been stewards of human rights, whether or not they frame local issues in those terms. Around the world, cities and regional government oversee basic services like water, sanitation and public transportation provided to residents and visitors. Cities and regions design and operate public spaces for leisure and public expression. Cities and regional governments establish rules and regulations that ensure mutual respect and rights of local inhabitants, and oversee quintessential aspects of democracy such as voting. And the list goes on”, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, edited by M.F. Davis, T. Gammeltoft Hansen, E. Hanna, Malmo, 2017, 3.

<sup>3</sup> *The Universal Declaration of Human Rights*, in [www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html](http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html).

<sup>4</sup> Da ultimo, si rinvia al *World Report 2019*: “World Report 2019 is Human Rights Watch’s 29th annual review of human rights practices around the globe. It summarizes key human rights issues in more than 90 countries and territories worldwide, drawing on events from late 2017 through November 2018”: Human Rights Watch, US, 2019, in [www.hrw.org/sites/default/files/world\\_report\\_download/hrw\\_world\\_report\\_2019.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2019.pdf).

<sup>5</sup> M. F. Davis, *Introduction*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 3. Per un approfondimento sul profilo correlato alla giustizia sociale, si rinvia a E. Van Den Berg, *Acting Normal and Doing Good. The Dutch and Human Rights*, in AA.VV., *Defending Human Rights: Tools for Social Justice*, Cambridge, 2012.

Al fronte di tale scelta, per comprendere appieno le potenzialità della lungimirante e innovativa prospettiva che delinea una nuova correlazione tra HR e sistemi locali-città, è opportuno capire le ragioni della messa in discussione di un presupposto ritenuto, da sempre, indefettibile: ossia, l'acclarato coordinamento tra un sistema di tutela tradizionale di esclusivo impianto sovrastatale, come quello connesso alla protezione dei diritti umani, e la natura di quei diritti, per definizione, universalistica. Cosa preservare di quell'approccio e cosa, invece, abbandonare per aprire nuovi spazi di riflessione nella prospettiva giuridica locale?

Infine, quali premesse appaiono indefettibili per consentire al giurista, in specie al costituzionalista, di operare una 'rivisitazione locale' dei diritti umani? Quali, nello specifico, se si parte dal dato che le libertà individuali sono state considerate, fin da subito, "elementi essenziali del sistema costituzionale (...) forze motrici senza le quali il congegno dello Stato democratico non potrebbe entrare in azione", e la cui funzione è quella di garantire l'operosità della vita politica della comunità affinché i cittadini possano contribuire "alla formazione ed al perenne rinnovarsi di quella volontà comune che, nella democrazia, è l'unico titolo di legittimazione dell'autorità"<sup>6</sup>? In questa prospettiva, pare di poter fin d'ora affermare che, nella medesima logica che impone al giurista e, in specie, al costituzionalista, di cercare "sempre nuove vie di 'trinceramento'"<sup>7</sup>, risultano essere decisive le seguenti premesse, di matrice strettamente costituzionale: da un lato, la diretta connessione tra diritti umani e democrazia<sup>8</sup>; dall'altro, la necessaria condivisione di responsabilità tra autorità nazionali e autorità periferiche<sup>9</sup>. Non ultimo, il dato, di evidente importanza, ossia che gli "international human rights are quite central in how cities understand and implement human rights" in quanto rappresentano "the set on notions and institutions within which the human right city is constructed and which influence the human rights city to the extend that

---

<sup>6</sup> P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in N. Bobbio (a cura di), *Scritti e discorsi politici*, Vol. II, Firenze, 1996, 372-373.

<sup>7</sup> Ossia, insiste l'autore, nell'ottica di non "fermarsi al rassicurante formalismo degli enunciati, ma 'guardandosi intorno' accettando con coraggio intellettuale il confronto con qualsiasi *tertium comparationis*, decisionale o fattuale che sia": M. Carducci, *Tecniche costituzionali di Argomentazione Normazione e Comparazione*, Lecce, 2003, 115.

<sup>8</sup> "The degree of self-government enjoyed by local authorities can be regarded as a key element of genuine democracy. In this regard, political, fiscal and administrative decentralization is essential for localizing democracy and human rights. It should be borne in mind that democracy is not possible without respect for human rights and no human right can be achieved without democracy": Human Right Council, *Role of Local Government in the Promotion and Protection of Human Rights – Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee*, A/HRC/30/49, August 7, 2015, UN General Assembly, in [www.uclg.org/sites/default/files/2015\\_report\\_en\\_role\\_of\\_local\\_government\\_in\\_the\\_promotion\\_and\\_protection\\_of\\_human\\_rights.pdf](http://www.uclg.org/sites/default/files/2015_report_en_role_of_local_government_in_the_promotion_and_protection_of_human_rights.pdf), 4.

<sup>9</sup> "It is the central government which has the primary responsibility for the promotion and protection of human rights, while local government has a complementary role to play. (...) Local authorities are actually those who are to translate national human rights strategies and policies unto practical application. (...) The principle of shared responsibility of different tiers of government for the protection of human rights has been on several occasion underlined by the United Nation human rights treaty body": Human Right Council, *Role of Local Government in the Promotion and Protection of Human Rights – Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee*, A/HRC/30/49, cit., 6.

actors involved in it take this dominant knowledge of human rights as a given reality”<sup>10</sup>. Dunque, diritto e realtà che si incontrano: luogo, ove il riconoscimento di diritti diviene, innanzitutto, una consapevolezza condivisa<sup>11</sup>.

Sulla base di queste complesse direttrici di analisi, si può convenire che debba essere definito il concetto di *Human Rights Cities (HRC)*, quale “one of the developed initiatives aimed at localizing human rights”, basato sulla “recognition of cities as key players in the promotion and protection of human rights, and refers in general to a city whose local government and local population are morally and legally governed by human rights principles”<sup>12</sup>. Tali sperimentazioni stanno delineando, sia in termini di linee di ricerca che di pratiche applicative, un processo di trasposizione del tutto singolare, perché foriero di implicazioni operative correlate, allo stesso modo, a due ordini di ragioni: politico-istituzionali, da un lato, e giuridico-economiche, dall’altro.

Si tratta di strategie non solo di protezione ma, anche, di implementazione di livelli di tutela: questi ultimi, un tempo incentrati nella logica c.d. *top-down* o, anche detta, *State-focused*, sono oggi surclassati in favore di strategie non solo di più immediata operatività in senso dinamico-evolutivo ma, soprattutto, inclusive di un nuovo modo di concepire la partecipazione dei cittadini<sup>13</sup>. Si tratta di forme ed esperienze di tipo pluralista, più spesso denominate *multi-dimensional*, *multi-actor* e, perlappunto, *bottom-up*.

In questa cornice, seppur generale, si delineano già, nei fatti, le caratteristiche fondative, di rilievo giuridico, del più recente fenomeno delle HRC. Innanzitutto, una più incisiva vocazione democratica che, da un lato, rivitalizza la dinamicità intrinseca del sistema locale aprendo scenari diversi da quello meramente internazionale. Quindi, una partecipazione delle realtà cittadine al processo di implementazione di strumenti giuridici e istituzionali in materia di diritti umani, attraverso il riconoscimento di membri titolati a rappresentare una comunità – e i rispettivi interessi – ben delineata sotto i diversi profili, e votata alla realizzazione pro-attiva di nuove politiche locali improntate alla promozione di diritti umani. Infine, un chiaro incentivo alla realizzazione di un processo circolare di responsabilizzazione, che non è imposto per finalità generali di estrazione meramente civico-sociologica, ma che, al contrario, reintroduce nel processo

<sup>10</sup> M. Grigolo, *Towards a Sociology of the Human Rights City – Focusing on Practice*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 11-12.

<sup>11</sup> “Especially, as the local government engages with human rights, they will become themselves a matter of government and governance of the city. In a context where the state government is discursively replaced by multi-level governance of a number of issues that are often recast as urban (Le Galès 2002), human rights come within the scope of local government as far as they are also understood and articulated as urban matters”: M. Grigolo, *Towards a Sociology of the Human Rights City – Focusing on Practice*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 12.

<sup>12</sup> Human Right Council, *Role of Local Government in the Promotion and Protection of Human Rights – Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee*, A/HRC/30/49, cit., 11.

<sup>13</sup> Sul tema, si veda anche, pur sotto un diverso profilo di indagine: G. Tieghi, *Autonomia e partecipazione: ‘laboratori di democrazia’ per un rinnovato ‘right to experiment’?*, in *Rivista AIC*, n.3/2019, 485-513.



decisionale i destinatari di quelle decisioni adottate dai poteri legittimati, quali veri promotori-attori di una “nuova costruzione della sfera pubblica”<sup>14</sup>.

Tutto ciò, in definitiva, induce a configurare il tema in esame secondo un *rights-based approach* c.d. “dall’alto”. I due profili – i.e. metodo e angolo visuale – sono strettamente connessi e chiariscono la prospettiva attraverso la quale si intende affrontare il tema. Da un lato, il suddetto approccio fondato sui diritti va concepito in quanto “is supported by the principle that in any democratic environment, either local or national, the *raison d’être* of any government is to provide resources to assert rights for the sake of general interest. Indeed, it is the basis of the social contract between public institutions and citizens”<sup>15</sup>; in altre parole, la logica è quella del raccordo tra diritti e risorse<sup>16</sup>. Sul secondo versante, l’espressione “dall’alto” riprende l’immagine che, non a caso, ha proprio la città come protagonista: è la città la metafora di una prospettiva di analisi dello Stato e della democrazia dal punto di vista istituzionale. “Visti dall’alto”, in contrapposizione alla visuale, definita, “da vicino”.

Le due prospettive, nell’ottica delle HRC, paiono bilanciare perfettamente le contrapposte esigenze: perché se, come si è sottolineato, da un lato, “quando si osserva una città da vicino, si prova un fastello d’impressioni che, a volte, concordano, a volte, invece discordano tra loro”; dall’altro, ossia quando la si guarda (la città) “dall’alto della collina, tutte queste impressioni sfuggono, ma, in compenso, si vede la città come un sol corpo e quasi come una creatura vivente quieta in tutte le sue membra. Sfugge la conoscenza dei particolari, ma, in compenso, si acquista quella dell’insieme”<sup>17</sup>. La combinazione di questi punti di vista ben si presta a delineare lo stretto rapporto tra il diritto e ciò, cui si tenta di

---

<sup>14</sup> Tra altre, l’esempio della città di Bogotà, con le innovative politiche inclusive, ci dimostra, infatti, “how a local government may work towards the right to the city, contributing to create a metropolitan area where rights may be exercised and asserted, and where the right to the city is progressively realised”: il riferimento è al progetto “Bogota Road of Rights” e alle tre innovative politiche oggetto di monitoraggio secondo lo *Human Rights Monitoring programme* connesso alla *Global Charter-Agenda of Human Rights in the City*: la *Public Policy on Childhood and Adolescence (PPLA)*; la *Public Policy on Ageing and Older People (PPSEV)* e la *District Public Policy on Homelessness (PPDFHC)*, di cui allo Studio *The Rights Approach Through the Bogotà Humana Development Plan: Towards a New Construction of the Public Sphere*, December 2015, in [www.uclg-cisdp.org](http://www.uclg-cisdp.org), 5.

<sup>15</sup> Tale impostazione evidenzia il *Rights-Approach* addirittura come “*Social and Democratic Need*”: per un approfondimento, si rinvia allo Studio del dicembre 2015 condotto dal Comitato sulla Inclusione sociale, democrazia partecipativa e diritti umani UCLG, in cooperazione con il *Centre for Social Studies of the University of Coimbra* e l’*Operational Centre For Housing and Settlement of the City of Mexico*, in [www.uclg-cisdp.org](http://www.uclg-cisdp.org), 6.

<sup>16</sup> Di questa Scuola, tra gli altri, tra i più recenti sono i lavori di S. Holmes, R. Cass Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, a cura di C. Fusaro, Bologna, 2000; M. Bertolissi, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, 2015; M. Bertolissi, *Fiscalità Diritti Libertà. Carte storiche e ambiti del diritto costituzionale*, Napoli, 2015; G. Rivosecchi, *La garanzia costituzionale della copertura finanziaria come vincolo intertemporale alla spesa pubblica nella (limitata) prospettiva della tutela delle generazioni future*, in R. Bifulco, A. D’Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 475-494; G. Tieghi, *Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo. Il contribuente partner*, Napoli, 2012; Gi. Bergonzini, *Diritti fondamentali del contribuente, discrezionalità del legislatore tributario e sindacato di costituzionalità*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, n. 3/2018, 327-353.

<sup>17</sup> R. Meneghelli, *Stato e democrazia visti dall’alto*, Padova, 1999, 1.

dar voce, attraverso il fenomeno delle HRC: ossia, “lo spontaneo ordinamento del corpo sociale”<sup>18</sup>.

### 1.1. Il processo di decentramento degli Human Rights nel XXI secolo. La logica Local e City-Centric

Nella logica del processo di decentramento della tutela e promozione dei diritti umani ciò che caratterizza le diverse iniziative e, in specie, la qualifica di alcune città, nell’orizzonte mondiale, tra le HRC, è la spinta a incentivare, per poi sperimentare, una vera e propria “legacy to humanity in the 21st century”<sup>19</sup>. Tale profilo ha delle implicazioni di particolare rilievo perché sposta l’asse delle scelte del singolo, e della comunità in cui vive, nel luogo più prossimo a quello in cui si esprime la sua personalità. Dunque, la sua stessa umanità.

È, infatti, proprio nella direzione della valorizzazione della persona umana che tale eredità diviene il fondamento giuridico che dà “ordine” ai valori costituzionali in gioco: libertà, da un lato, e autonomie – o, *local government* –, dall’altro.

1938

Ove il termine di paragone, dunque, non è il potere, ma lo sono la persona e i suoi valori, espressi dalla sua umanità, la stessa si pone al centro anche dell’esperienza giuridica: “essa implica, per definizione”, si è sottolineato in questo senso, “situazioni giuridiche soggettive di libertà, che si traducono in autonomia e nella sua conseguenza, per così dire, più radicale e definitiva, quale è la responsabilità”<sup>20</sup>. Tale prospettiva, che trova fondamento in molte riflessioni dei Padri costituenti italiani, secondo i quali il fenomeno “verso le autonomie locali” coincideva con “una tendenza” (quella a “porre gli amministrati nel governo di sé medesimi”) che “si collega alle rivendicazioni di libertà”<sup>21</sup>, crea i presupposti per poter operare nell’ambito dei diritti umani a livello locale secondo un approccio che, anche nel nostro ordinamento, può andare ben al di là dello stretto principio personalistico di cui all’art.2 della Costituzione italiana.

È l’approccio che esprime, rispondendo alle critiche di chi ricordava che “cities and human rights are still separate fields in academia as well as in everyday work of practitioners”, le ragioni giuridiche del principio pluralistico<sup>22</sup> e di quello

<sup>18</sup> P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, xxi.

<sup>19</sup> S. P. Marks, K.A. Modrowski, W. Lichem, *Human Rights Cities. Civic Engagement for Societal Development*, PHDRE, 2008, 15.

<sup>20</sup> M. Bertolissi, *Libertà e “ordine delle autonomie” la lezione di Silvio Trentin*, Napoli, 2010, v.

<sup>21</sup> Sono le parole del Presidente della Commissione dei 75 Meuccio Ruini, nella *Relazione sul Progetto di Costituzione* presentata il 6 febbraio 1947, in [www.dellarepubblica.it/la-costituzione](http://www.dellarepubblica.it/la-costituzione), 13.

<sup>22</sup> Sul riferimento esplicito alle “formazioni sociali” di cui all’art.2, quale parametro riconosciuto come “volto non solo a garantire i diritti della persona fisica all’interno del ‘gruppo’ – ciò che, peraltro”, si sottolinea, “già discenderebbe dalla spettanza di tali diritti all’uomo in quanto tale e quindi anche in ogni suo rapporto giuridico (sul punto, cfr. Baldassarre, *G. Cost.*, 73,74)”, “quanto soprattutto, in applicazione particolare del principio pluralista, ad elevare le formazioni sociali a soggetti di diritto costituzionale”: V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 9. Sotto altro ma correlato profilo, si è ricordato che “Il ‘recupero per il diritto’ (su cui ribatto continuamente)”, sottolinea l’illustre autore, “è il recupero per un rinnovato pluralismo giuridico, che è venuto progressivamente a

solidaristico<sup>23</sup>. Queste ultime, infatti, stanno alla base di quello auspicato “paradigm shift to address the huge human rights challenges manifesting in cities all around the world”<sup>24</sup>. Se così è, in moto è un vero cambiamento di prospettiva sui diritti umani. Come ha ricordato Thomas Hammarberg, al tempo *Human Rights Commissioner of the Council of Europe*, durante il Congresso sulle *Local and Regional Authorities in 2011*: “While governments and national parliaments ratify international treaties on behalf of the state, the day-to-day work of implementing human rights standards often rests on the shoulders of local and regional authorities. They too are bound by these agreements. Local and regional authorities are often directly responsible for services related to health care, education, housing, water supply, environment, policing and also, in many cases, taxation. These matters affect people’s human rights, not least their social rights”<sup>25</sup>.

Si tratta, dunque, di assumere un punto di vista che rimette in gioco le città quali vere e proprie “independent human rights players”<sup>26</sup>: come, infatti, dimostrano numerosi studi sperimentali, se da una parte non pare realizzabile un’applicazione universale dei diritti umani nell’eterogeneità dei vari contesti locali, il loro decisivo rilievo in ambito locale è oramai noto e indiscusso sia a livello internazionale, che in numerose città del mondo. Secondo alcuni studi e nuove linee di ricerca<sup>27</sup> si è, infatti, verificato un vero e proprio processo di trasposizione da quelli che erano considerati gli ideali globali alla *local practice*: tale mutamento, si ritiene abbia avuto come principale momento di svolta, la Conferenza mondiale svoltasi a Vienna nel 1993 – cui seguì la *Vienna Declaration and Programme of Action 1993* –, ove si ragionò specificatamente proprio della *human right “localization”*,

---

mancare durante la modernità e che riaffiora oggi (dapprima fattualmente) come un inesorabile portato della pos-modernità”: P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, cit., xxi.

<sup>23</sup> Nella prospettiva localistica, o del decentramento, si rinvia alle riflessioni riassunte nel seguente titolo: “Tre parole: solidarietà, responsabilità e federalismo fiscale. Più due: libertà e dignità” e, in specie, ove si ammonisce: “(...) risulta evidente il legame tra termini giuridico-istituzionali che possiedono, oggi più che mai, un valore strategico. Infatti, se si è privi del senso dei divieti e degli obblighi, dell’ordine giuridico-politico-morale, della libertà e di ciò che è ancor più prezioso, vale a dire della percezione della forza normativa dell’obbligazione morale: se si è privi di tutto questo, va da sé che l’ordinamento complessivo è destrutturato, perché le parti di cui si compone risultano tra loro non coordinate, indipendenti e disarticolate”, in M. Bertolissi, *Il bilanciamento tra solidarietà e responsabilità nell’ambito del federalismo fiscale*, in M. Bertolissi, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, cit., 256 - 257.

<sup>24</sup> AA.VV., *The Future of Human Rights in an Urban World. Exploring Opportunities, Threats and Challenges*, Netherlands, 2014, 7. L’interessante saggio parte da un presupposto di particolare interesse: quello di rinvigorire il dibattito sul tema che, a parere degli autori, “now seems to have come to a standstill or has at least diffused to the margin” (ivi, 8). Al contrario, ritengono gli autori, è essenziale “(re)discover cities as important target” (ivi, 8).

<sup>25</sup> AA.VV., *The Future of Human Rights in an Urban World. Exploring Opportunities, Threats and Challenges*, cit., 8.

<sup>26</sup> AA.VV., *The Future of Human Rights in an Urban World. Exploring Opportunities, Threats and Challenges*, cit., 8.

<sup>27</sup> In questo senso, in particolare, si rinvia all’interessante approfondimento di E. Van Den Berg, B. Oomen, *Towards a Decentralisation of Human Rights: The Rise of Human Rights Cities*, in AA.VV., *The Future of Human Rights in an Urban World. Exploring Opportunities, Threats and Challenges*, cit., 11-15.

oltre che *implementation*. Va ricordato, in ogni caso, anche il ruolo decisivo nel senso della logica di decentramento dei diritti umani, avuto dalla più recente Risoluzione adottata dal Consiglio d'Europa nel 2010. In quell'occasione, infatti, non solo si confermava il principio di *shared responsibility* tra i diversi livelli di governo, ma si declinava, pure, l'importante collegamento tra livello locale, ruolo dei cittadini e diritti umani in un'ottica operativa che vedeva nei "local and regional bodies" i luoghi che "are best placed" sia "to analyse the human rights situation", ma, soprattutto, "identify the relevant problems which arise and take action to solve them"<sup>28</sup>.

Ma se, storicamente, è solo quando si inizia a riflettere sui diritti umani secondo una concezione c.d. *beyond a state-based approach*, che si cominciano a definire i presupposti storici della nascita e crescita delle HRC, nella prospettiva giuridica ciò significa aver operato un salto concettuale che permette di considerare "la dimensione costituzionale della convivenza" come espressione reale di una "visione radicale, cioè valoriale, del diritto"<sup>29</sup>: in altri termini, proprio secondo quella visione ordinamentale dal basso che coglie "la genesi del diritto nell'auto-ordinarsi della società"<sup>30</sup>.

1940

## **2. L'importanza della *Local e Urban Justice*. Dalle "*Cities for human rights*" al "*rise*", fino all' "emergenza" delle *HRC*: dalla Carta Europea per la salvaguardia dei diritti umani nella città del 2000 alla *Gwanju Declaration on Human Rights City (2011)***

Che cosa sono, dunque, esattamente, le *Human Rights Cities-HRC*? O, più nel dettaglio: "A threshold question as local and regional leaders turn to human rights is, what defines a human rights city or region?"<sup>31</sup>

Se la prospettiva da cui si è scelto di osservare il fenomeno è quella istituzionalistica<sup>32</sup>, poiché più esplicitamente rappresentativa delle nuove istanze locali che si muovono verso un rafforzamento del c.d. *rights discourse* in contesti decentrati, le HRC vanno concepite, innanzitutto, come uno dei tanti processi – meglio definiti come *initiatives* – in corso che, proprio perché generati prioritariamente da *practices*<sup>33</sup> di tipo eterogeneo, contribuiscono a creare

<sup>28</sup> Consiglio d'Europa, *Risoluzione n. 296*, 2010, *Congress of Local and Regional Authorities*, in [www.coe.int/en/web/portal](http://www.coe.int/en/web/portal).

<sup>29</sup> P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, cit., xv.

<sup>30</sup> Così, la "visione ordinamentale di Santi Romano", nelle parole di Paolo Grossi, in P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, cit., xiv, nota 8.

<sup>31</sup> M. F. Davis, *Introduction*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 4.

<sup>32</sup> Che, in un'ottica comparatistica applicata al caso in esame delle HRC, coincide con "una concezione realistica del fenomeno giuridico", la quale "non può però ignorare che nel processo di interpretazione-applicazione gli applicatori – in qualità di ulteriori 'formanti' – contribuiscono sempre a produrre sviluppi innovativi del diritto, e dunque concorrono sempre", come ben evidenzia l'autore, "a riplasmare progressivamente le strutture fondamentali operative del sistema": G. Bognetti, *L'oggetto e il metodo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Tomo II, Roma-Bari, 2014, 725-726.

<sup>33</sup> Pensiamo, in specie, alle iniziative, e agli studi su di esse, di alcune città come Montreal –

innovativi circuiti di dialogo istituzionale ai quali il giurista è invitato ad avvicinarsi con ineludibile spirito multidisciplinare e multiculturale<sup>34</sup>.

Nei contesti urbani, infatti, le *initiatives* sono mosse dal confronto dialettico tra il diritto “praticato” nella sua quotidiana applicazione e le aspettative che, in esso, la società ripone<sup>35</sup>: si è dunque generato un fenomeno *bottom-up* di lenta ridefinizione dei caratteri portanti le democrazie contemporanee che mette in discussione, riproponendo sotto nuove vesti, l’idea di decentramento come valore, per recuperare quella connessione tra libertà culturale e libertà territoriale che il costituzionalismo ha limitato alla sovranità e territorialità di tipo statale e che, ad oggi, non risulta sufficiente a superare la crisi giuridico-economica in atto<sup>36</sup>. Nella

---

Canada (B. Frate, *Human Rights at a Local Level: The Montreal Experience*, in AA.VV. *Global Urban Justice: The rise of Human Rights Cities*, Cambridge, 2016, 64-80), Barcellona- Spagna, Graz (K. Starl, *Human Rights City Graz: Lessons Learnt from the first 15 Years*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 51-58), Eugene -Oregon, US - (K. J. Neubeck, *In a State of Becoming a Human Rights City: The Case of Eugene, Oregon*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 59-69), York -UK- (P. Gready, E. Graham, E. Hoddy, R. Pennington, *Re-imagining Human Rights Practice Through the City: A Case Study of York (UK)*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 71 -76), Mexico City (A.M. Sanchez Rodriguez, *The Right to the City in Mexico City: The Charter*, in AA.VV., *Global Urban Justice: The rise of Human Rights Cities*, cit., 220-236), in alcune città dell’Olanda (E. Van Den Berg, *Co-creating Human Rights in the City – Civil Society and Human Rights Cities in the Netherlands*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 41-49). Queste ed altre *practices* e ‘sperimentazioni’ nella logica della inclusione tra le HRC, mettono in rilievo alcuni decisivi indicatori che qualificano le *Human Rights Cities*: il livello di partecipazione della comunità locale; l’esistenza – o meno – di una *Human Rights Commission*; il grado di formalizzazione della decisione di divenire una HRC, attraverso una dichiarazione o una delibera; un processo di *education* della popolazione sui diritti umani; il linguaggio correlato ai diritti umani, utilizzato nella risoluzione di problemi locali; la definizione del *budget* e la quantità di risorse investite per l’adozione di principi coerenti con la tutela dei diritti umani e per l’implementazione di strategie sul tema. Tutti indicatori che, nel tempo, stanno divenendo decisivi per la definizione del contesto istituzionale necessario per fare, di una città, una HRC.

<sup>34</sup> Con riferimento al tema specifico delle HRC, tali tipi di prospettive inglobano, a livello operativo, quella visione sociologica che, nel settore, pare assumere il ruolo di chiave di lettura tendenzialmente chiarificatrice delle istanze giuridiche della scuola di pensiero istituzionalistica: “Sociology can help cast a light on the different ways in which cities engage the idea of human rights by focusing on the urban practice of these rights and how in this practice human rights acquire meaning and this meaning comes to guide urban life. This perspective invites reflexivity over the possibility that human rights come to mean something new. This includes, despite the differences and tensions that we have seen, the right to the city. This may be the area in which cities are innovating most in the broader practice of human rights”, in M. Grigolo, *Towards a Sociology of the Human Rights City – Focusing on Practice*, cit., 20. In questa prospettiva, risulta decisivo comprendere “how cities engage with human rights, as a social construction and practice”. “Human rights city initiatives show social actors engaged in having one or more human rights inform urban life and the space of the city by socializing its inhabitants and regulating the conduct of the local population and the local government, and the relationship between them”(ivi, 11).

<sup>35</sup> Sul fronte del costituzionalismo e sul rapporto con “la dimensione aggiornata delle istanze delle società pluraliste”, si rinvia a P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, cit., 767 e 770.

<sup>36</sup> Sul punto, si rinvia alle riflessioni di L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 333-334, in specie ove si evidenzia che “La crisi dello Stato-nazione (anche se decentrato), collegata anche a un nuovo governo mondiale dell’economia, non viene mitigata da soluzioni transitorie o parziali, né tanto meno dall’imposizione uniformizzante. Può essere”, precisano gli autori proprio sul punto, “che il livello ottimale per assicurare, insieme, il

specie, il limite della dogmatica classica correlata a quella tradizionale categoria – che ha come unico riferimento la territorialità statale –, sta ostacolando, di fatto, la definizione di quell'improrogabile nuovo "ordine" sollecitato dall'esigenza di un più aggiornato bilanciamento tra universalismo e localismo dei diritti. Ciò, in specie ove questi diritti, come il *right to the city*, siano compresi proprio tra i diritti umani<sup>37</sup>.

L'espressione "regionalizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali" viene richiamata, di solito, per alludere ad uno specifico fenomeno. Quello che, "muovendo da e avendo come riferimento assiologico e normativo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, tenta di coniugare a livello continentale (e dunque in un contesto culturale tendenzialmente omogeneo) la vocazione universalistica dei diritti umani con le peculiarità proprie delle singole culture, allo scopo di determinare quei meccanismi di garanzia dei diritti in grado di operare concretamente negli ordinamenti nazionali e sovranazionali": tale espressione, si è sottolineato, "postula dunque l'idea che dei diritti universali si possa offrire una interpretazione diversa a seconda del contesto geopolitico e culturale nel quale vengono riconosciuti e tutelati"<sup>38</sup>. Questa logica, pur salvaguardando la dimensione universalistica dei diritti umani che "focalizza l'attenzione degli ordinamenti giuridici sul tema della dignità della persona, ancorchè", come si sottolinea proprio nella prospettiva locale, "declinata e interpretata diversamente a seconda delle latitudini"<sup>39</sup>, consente, con riferimento al tema delle HRC, di fare emergere i due seguenti rilievi. Innanzitutto, dalla prassi scaturisce ciò che si sta rivelando essere "a new meaning of human rights". "The broader practice of human rights", infatti, è stato ricordato, "including particular state practices within which cities are embedded, constitutes the horizon within human rights cities are constructed"<sup>40</sup>. Un nuovo significato – e, dunque, ruolo – dei diritti umani che nasce dalle pratiche locali di *inveramento*, sul campo, di quei diritti: pratiche, anche sperimentali da cui scaturiscono nuovi orizzonti.

In secondo luogo, non si tratta solo di un problema di interpretazione diversa dei medesimi diritti a seconda del contesto<sup>41</sup>; c'è qualcosa in più. Riguarda il dato che, attraverso la c.d. *urban practice*, il *rights discourse* prende forma attraverso le *legal strategies* più appropriate per lo specifico ambito connesso ai diritti umani nei settori locali dell'ambiente, immigrazione, sanità, cultura, economia, sport e così via. Un approccio c.d. *tailored-made* che, però, non è frutto di adattamento *ex post*,

---

decentramento territoriale e il rispetto delle culture sia quello locale, municipale, che più di ogni altro unisce istituzioni e società" (ivi, 334).

<sup>37</sup> Art. 1 della *European Charters for the Safeguarding of Human Rights in the City*.

<sup>38</sup> L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 250.

<sup>39</sup> L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 250.

<sup>40</sup> M. Grigolo, *Towards a Sociology of the Human Rights City – Focusing on Practice*, cit., 12.

<sup>41</sup> Si è riconosciuto, in questo senso, l'emergere di due diverse modalità in cui i governi locali "engage" (termine da cui si capisce il contributo pro-attivo) "with human rights": "actors inside local governments who aim to establish their own vision and meaning of the human rights city within venues formally placed outside the local government, in which other actors participate (...)", e "the institutionalization of human rights within the local government, a process within which human rights become urban policy and tools for governing the city", in M. Grigolo, *Towards a Sociology of the Human Rights City – Focusing on Practice*, cit., 15.

per far combaciare la cornice al contenuto e alle dimensioni del quadro: è, al contrario, “il diritto quale risultato di una *invenzione*”<sup>42</sup> poiché si genera e si sviluppa adattandosi nei fatti, prima che attraverso formalizzazioni di valenza normativa, alla singola città e al suo grado di sviluppo complessivo. In questo contesto, le diverse *city charters of human rights*, riproducendo il linguaggio e la forma nei quali i diritti umani vengono espressi a livello internazionale, suggeriscono che il soggetto cui direttamente sono indirizzati i diritti umani è il governo locale e che, ed è ciò che più conta, suggeriscono “that the practice of human rights should be centred on the local government”<sup>43</sup>.

Si mette, così, al centro del dibattito, la tensione tra l'imperativo di giustizia che la società civile invoca per la sempre maggiore sensibilità nei confronti dei diritti umani e gli evidenti limiti istituzionali che costringono, oltre a guidare, il governo locale<sup>44</sup>.

Dal punto di vista della ricognizione storica, è opportuno tenere presente, per meglio collocare il fenomeno temporalmente e comprenderne le implicazioni odierne che, in ogni caso, è solo verso la fine degli anni novanta che viene coniato il termine “Human Rights Cities” da parte dell'organizzazione internazionale non governativa sui diritti umani denominata *People's Movement for Human Rights Learning (PDHRE)*, che sviluppa una specifica metodologia per la formazione di HRC: “a local learning community, including citizens, local civil society, local governments and professionals, jointly working on a just city, with human rights as guiding principles”<sup>45</sup>. È in quel periodo che inizia un processo complesso che mira all'inclusione della tematica e della pratica dei diritti umani a livello locale, come conferma la prima esperienza in assoluto legata alla città argentina di Rosario. L'idea di HRC era stata concepita, fin da allora, come “a platform for deep human rights education” avente una ben precisa finalità che spiega molte delle riflessioni che stanno alla base di questo scritto: ossia, “designed to expand local capacity to better address diversity and human dignity”<sup>46</sup>. È, dunque, la “capacity” locale, da intendersi come l'abilità e la competenza delle istituzioni più vicine al cittadino, ciò che, in quest'ottica, va valorizzato – al punto tale da dover essere espanso - per meglio affrontare il tema della diversità e per indirizzare la strategia in termini di dignità umana.

---

<sup>42</sup> P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, cit., x.

<sup>43</sup> “By replacing the state in the international human rights regime”, continua l'autore “local governments carve out their own space in the regime and ‘steal the show’ from the state”: M. Grigolo, *Towards a Sociology of the Human Rights City – Focusing on Practice*, cit., 16.

<sup>44</sup> “Charters embed a notion of local justice yet also sustain the government of the city as far as they introduce internally a disciplinary discourse based on rights and responsibilities and project externally an image of the city as liberal and therefore, so the theory says, a desirable place to live for those ‘creative classes’ (Florida 2002) that make the fortune of the cities”: M. Grigolo, *Towards a Sociology of the Human Rights City – Focusing on Practice*, cit., 17.

<sup>45</sup> E. Van Den Berg, B. Oomen, *Towards a Decentralisation of Human Rights: The Rise of Human Rights Cities*, in AA.VV., *The Future of Human Rights in an Urban World. Exploring Opportunities, Threats and Challenges*, cit., 13.

<sup>46</sup> PDHRE, *Human Rights Learning and Human Rights Cities: Achievements Report (March 2007)*, in [www.pdhre.org/achievements-HR-cities-mar-07.pdf](http://www.pdhre.org/achievements-HR-cities-mar-07.pdf).

Nelle due decadi successive il movimento ha assunto portata di ampio rilievo. Parallelamente, le singole città che funzionavano da ‘laboratorio’ sono sempre più aumentate implementando *standard* di gestione dell’amministrazione locale che, nel tempo, sono diventati veri e propri indicatori del livello di collaborazione tra le istituzioni democratiche locali e i rispettivi abitanti: con nuovi sistemi di finanziamento, diverse strategie politiche, istituzioni di commissioni particolari e sistemi di monitoraggio elettorale, tutti basati sui diritti umani, le varie municipalità locali hanno contribuito alla formazione di una vera e propria rete di continuo confronto giuridico, economico e istituzionale a livello internazionale<sup>47</sup>. Con la crescita delle città e del numero delle zone urbane che, nel mondo, hanno cominciato ad aderire al movimento e, in specie, con l’implementazione di questi diversi meccanismi e istituti operativi, le norme in materia di diritti umani e, dunque, la loro effettività, hanno richiesto, sempre più, una definizione precisa del luogo specifico in cui misurare l’operatività dei governi locali e regionali in materia: la logica emergente, infatti, era che queste norme fossero finalizzate “to remain central to human society and moral culture”<sup>48</sup>.

1944

Fu solo nel 1998, infatti che, in seno alla Conferenza sul tema “Cities for Human Rights” svoltasi a Barcellona in occasione del 50esimo anniversario della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, che i rappresentanti politici anche locali richiamarono l’attenzione per una “stronger political acknowledgment as key actors in safeguarding human rights in a highly urbanized world”<sup>49</sup>.

A seguito di quel dibattito seguirono i lavori per la stesura della prima Carta Europea per la salvaguardia dei diritti umani nella città, adottata nel 2000 a Saint-Denis, cui fecero seguito le successive Carte e proclamazioni in materia: la *Charter for the Right to the city* di Città del Messico e la Carta di Monreale dei diritti e dei doveri. Sulla base dei principi fondamentali stabiliti nel Preambolo Carta Europea, si è innescato un meccanismo di sempre maggiore interesse incentrato su valutazioni giuridico-economiche le quali, in un processo strutturato in diverse fasi, hanno portato a ripensare il ruolo della città come nuovo contesto istituzionale (finanche “*the future of mankind*”) in cui rendere effettiva la protezione dei diritti secondo una logica che coinvolge la definizione dei diritti, le risorse disponibili e l’obiettivo di realizzare una c.d. “*democracy of accessibility*”<sup>50</sup>. Ciò, a

<sup>47</sup> Basti pensare ai vari *World Human Rights Cities Forum*, conferenze internazionali supportate dall’United Cities and Local Government (UCLG), il *network* globale di città e governi locali ([www.uclg.org/](http://www.uclg.org/)).

<sup>48</sup> M. F. Davis, *Introduction*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 3.

<sup>49</sup> Human Right Council, *Role of Local Government in the Promotion and Protection of Human Rights – Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee*, A/HRC/30/49, cit., 11, nt. 14.

<sup>50</sup> “Why, in threshold of the 21<sup>st</sup> century, a European Charter for Human Rights in the City? The Declaration of Human Rights (1948) is universal. Has it not been reinforced and completed by many other undertakings which emphasise the protection of certain rights of varying extent? The European Convention (1950) offers what we call a legal guarantee. However, there exist many rights which are still not ‘effective’ and the citizens find it difficult to see their way through the labyrinth of legal and administrative procedures. How to give a better guarantee? How to act more effectively? How to ensure better public conditions for the private happiness of everyone? This is where the City comes in”: *European Charter for the*



livello operativo, ha promosso, per la prima volta, l'istituzione di un garante (anzidetto *Ombudspersons*) "as a prevention mechanism and also as a means of upholding human rights at the local level. Ombudspersons", si precisa, "monitor local administration to ensure they do not violate the rights and principles set down in the Charter"<sup>51</sup>.

Fu solo, però, a partire dalla fine degli anni duemila che si entrò nella seconda fase di sviluppo delle HRC. Sulla scorta di alcune iniziative, (a partire dalla città di Gwangju, che ha per prima realizzato un sistema municipale di diritti umani nella Corea del Sud; fino all'America Latina, che con Bogotá ha promosso un Piano di Sviluppo basato sulla promozione dei diritti umani; e poi Città del Messico ha approvato una nuova Costituzione fortemente influenzata dal *rights-approach*), quando nel panorama europeo in molte città (Barcellona, Graz, Madrid, Utrecht) si sono sperimentati meccanismi di salvaguardia dei diritti umani e di vigilanza delle responsabilità in conformità agli standard internazionali sui diritti umani, l'aumento delle HRC è divenuto quasi il simbolo dell'emergenza<sup>52</sup>: il fenomeno delle HRC diventò un concetto con valenza normativa, con la *Gwanju Declaration on Human Rights City*, adottata al *World Human Rights City Forum* del 17 maggio 2011<sup>53</sup>. È in quell'occasione che le HRC vengono definite come "both a local community and socio-political process in a local context where human rights play a key role as the fundamental values and guiding principles" e che si parla, per la prima volta, del requisito della "shared human rights governance"<sup>54</sup>.

Sono poi i successivi *Gwanju Guiding Principles for a Human Rights City*, adottati dal *World Human Rights City Forum* del 17 maggio 2014, che diventeranno i principali indicatori in base ai quali molte città cominceranno a proclamarsi ufficialmente HRC<sup>55</sup>: inclusione sociale e diversità culturale; azioni non discriminanti; solidarietà e sostenibilità; giustizia sociale; democrazia partecipativa

---

*Safeguarding of Human Rights in the City*, Preambolo, in [unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/european\\_charter\\_hr\\_cities.pdf](http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/european_charter_hr_cities.pdf), e per eventuali approfondimenti si rinvia a [www.uclg-cisdp.org/en/right-to-the-city/european-charter](http://www.uclg-cisdp.org/en/right-to-the-city/european-charter).

<sup>51</sup> Per una ricognizione dei diversi meccanismi di protezione dei diritti umani a livello locale si rinvia al 11.

<sup>52</sup> Significativi, a questo proposito, sono i lavori e le conferenze attorno al fenomeno della progressiva diffusione, in termini di aumento, da un lato, e di emergenza, dall'altro, delle HRC: in specie, si rinvia a AA.VV., *Global Urban Justice: The rise of Human Rights Cities*, cit. e alla conferenza dal titolo *Global Justice goes Local: The emergence of Human Rights Cities, PHRGE Conference, 2016*.

<sup>53</sup> Il testo della Dichiarazione è reperibile in [www.uclg-cisdp.org](http://www.uclg-cisdp.org)

<sup>54</sup> Human Right Council, *Role of Local Government in the Promotion and Protection of Human Rights – Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee*, A/HRC/30/49, cit., 12.

<sup>55</sup> Tra queste a titolo esemplificativo si ricordano: Rosario (Argentina), che fu la prima, nel 1997, a mettere in pratica la PDHRE metodologia. La storia della dittatura militare negli anni tra il 1976 e il 1983 e la successiva crisi economica hanno creato le condizioni per superare le passate e presenti ingiustizie e iniziare un nuovo processo di rinnovamento. I rappresentanti locali adottarono una dichiarazione in cui promisero di rendere Rosario una HRC. Negli anni seguenti, molte città nel mondo adottarono la c.d. metodologia PHDRE: tra queste, Bandung (Indonesia); Barcellona (Spagna); Bihac (Bosnia); Bogotá (Colombia); Bongo (Ghana); Copenhagen (Danimarca); Graz (Austria); Gwangju (Repubblica della Corea); Kati (Mali); Città del Messico (Messico); Mogale (South Africa); Montreal (Canada); Nagpur (India); Saint-Denis (Francia); Porto Alegre (Brasile); Sakai (Giappone); Victoria (Australia), e alcune altre nelle varie parti del mondo.

e *governance* responsabile; istruzione e *education* in materia di diritti umani; istituzioni efficienti e politiche di coordinamento; non ultimo, il “*right to the city*”.

### **3. Il “*Right to the city*” tra democrazia partecipativa, risorse e responsabilità: tappe di un percorso verso il *Goal 11* della *2030 Sustainable Development Agenda -UN* del 2015**

Inizialmente concepito nella dottrina filosofica del francese Henri Lefebvre come il richiamo ad un “transformed and renewed access to urban life”<sup>56</sup>, il *Right to the city* risulta essere il vero snodo cruciale del modello delle HRC.

Secondo un approccio giuridico-istituzionale che considera la città come protagonista del circuito istituzionale, nella innovativa accezione dell’essere “oeuvre”, ossia “a work in which all its citizens participate”<sup>57</sup>, tale diritto, principio cardine della *World Charter for the Right to the City* del 2005<sup>58</sup> anche grazie alla vasta letteratura<sup>59</sup> formatasi sul tema, è divenuto, negli anni più recenti, un vero e proprio “common right”: molto più, si è detto, che una libertà individuale di accedere alle risorse urbane, esso è risultato configurare un preciso “mechanism of protection” della popolazione la cui correlazione con i rispettivi doveri, inerenti la città, ha delineato una nuova “form of promotion”<sup>60</sup> delle istanze locali all’interno del processo di democratizzazione. Dunque, un vero e proprio diritto “to change ourselves by changing the city”: “One of the most precious yet most neglected of

1946

<sup>56</sup> H. Lefebvre, *Le Droit à la Ville*, Parigi, 1968. Lefebvre concepisce, fin dall’inizio, il *right to the city* come il diritto “to habitat and to inhabit. The right to the oeuvre, to participation and appropriation (clearly distinct from the right to property)”, in H. Lefebvre, *Writing on cities*, Oxford, 1996, 173-174.

<sup>57</sup> D. Mitchell, *The Right to the city: Social Justice and the Fight for Public Space*, NY, 2003, 17.

<sup>58</sup> Carta che, si sottolinea, “aims to gather the commitments and measures that must be assumed by civil society, local and national governments, members of parliament, and international organizations, so that all people may live with dignity in our cities”, in [righttothecityplatform.org.br/download/publicacoes/World%20Charter%20for%20the%20Right%20to%20the%20City.pdf](http://righttothecityplatform.org.br/download/publicacoes/World%20Charter%20for%20the%20Right%20to%20the%20City.pdf), 1.

<sup>59</sup> Tra gli studi più significativi, si rinvia a M. Purcell, *Excavating Lefebvre: The Right to the City and Its Urban Politics of the Inhabitants*, in *GeoJournal*, 2002, 58:99-108; D. Harvey, *The Right to the City*, in *International Journal of Urban and Regional Research* 27, 2003, 939-940; D. Harvey, *Rebel cities: from the Right to the City to the Urban Revolution*, London, 2012; D. Mitchell, *The Right to the city: Social Justice and the Fight for Public Space*, cit.

<sup>60</sup> Come ben esplicitato nel Preambolo, infatti, il “Right to the City broadens the traditional focus on improvement of peoples’ quality of life based on housing and the neighborhood, to encompass quality of life at the scale of the city and its rural surroundings, as a mechanism of protection of the population that lives in cities or regions with rapid urbanization processes. This implies initiating a new way of promotion, respect, defense and fulfillment of the civil, political, economic, social, cultural and environmental rights guaranteed in regional and international human rights instruments. In the city and its rural surroundings, the correlation between these rights and their necessary counterpart of duties”, si evidenzia, “can be demanded in accordance with the different responsibilities and socio-economic conditions of its inhabitants, as a form of promotion of: just distribution of the benefits and responsibilities resulting from their urbanization process; fulfillment of the social functions of the city and of property; distribution of urban income; and democratization of access to land and public services for all citizens, especially those with less economic resources and in situations of vulnerability”, in [righttothecityplatform.org.br/download/publicacoes/World%20Charter%20for%20the%20Right%20to%20the%20City.pdf](http://righttothecityplatform.org.br/download/publicacoes/World%20Charter%20for%20the%20Right%20to%20the%20City.pdf), 1.

our human rights”<sup>61</sup>. Ossia, il presupposto fondativo per la valorizzazione della persona umana attraverso il luogo in cui, non a caso, esplica, più direttamente, la sua personalità e le sue potenzialità operative<sup>62</sup>.

Gli studi più recenti propongono, in questa prospettiva, una strategia di assoluto interesse per un aggiornamento dei fondamenti – anche costituzionali – in base ai quali va concepito, oggi, il rapporto tra la tutela dei diritti e il livello più consono affinché quella tutela sia, sotto ogni punto di vista, effettiva. Ciò, assume un tratto peculiare con riferimento ai diritti umani in ambito locale.

La linea direttrice è quella che indica, da un lato, un generalizzato ritorno alla *polis* e, dall’altro, la più dettagliata analisi di un nuovo *rights model*. Si è giunti

---

<sup>61</sup> D. Harvey, *The Right to the City*, in *New Left Review* 53, 2008, 23.

<sup>62</sup> In questo senso, è anche il dettato dell’art.1 della *World Charter for the Right to the City*, disposizione da cui ben emergono sia le potenzialità in capo alla persona come cittadino e come parte di una comunità, sia i profili innovativi del contenuto di tale diritto: “ARTICLE I. THE RIGHT TO THE CITY 1. All persons have the Right to the City free of discrimination based on gender, age, health status, income, nationality, ethnicity, migratory condition, or political, religious or sexual orientation, and to preserve cultural memory and identity in conformity with the principles and norms established in this Charter. 2. The Right to the City is defined as the equitable usufruct of cities within the principles of sustainability, democracy, equity, and social justice. It is the collective right of the inhabitants of cities, in particular of the vulnerable and marginalized groups, that confers upon them legitimacy of action and organization, based on their uses and customs, with the objective to achieve full exercise of the right to free self-determination and an adequate standard of living. The Right to the City is interdependent of all internationally recognized and integrally conceived human rights, and therefore includes all the civil, political, economic, social, cultural and environmental rights which are already regulated in the international human rights treaties. This assumes the inclusion of the rights to work in equitable and satisfactory conditions; to establish and affiliate with unions; to social security, public health, clean drinking water, energy, public transportation, and other social services; to food, clothing, and adequate shelter; to quality public education and to culture; to information, political participation, peaceful coexistence, and access to justice; and the right to organize, gather, and manifest one’s opinion. It also includes respect for minorities; ethnic, racial, sexual and cultural plurality; and respect for migrants. Urban territories and their rural surroundings are also spaces and locations of the exercise and fulfillment of collective rights as a way of assuring equitable, universal, just, democratic, and sustainable distribution and enjoyment of the resources, wealth, services, goods, and opportunities that cities offer. The Right to the City therefore also includes the right to development, to a healthy environment, to the enjoyment and preservation of natural resources, to participation in urban planning and management, and to historical and cultural heritage. 3. The city is a culturally rich and diversified collective space that pertains to all of its inhabitants. 4. For the effects of this Charter, the meaning of the concept of city is two-fold. For its physical character, the city is every metropolis, village, or town that is institutionally organized as local governmental unit with municipal or metropolitan character. It includes the urban space as well as the rural or semi-rural surroundings that form part of its territory. As public space, the city is the whole of institutions and actors who intervene in its management, such as governmental authorities, legislative and judicial bodies, institutionalized social participation entities, social movements and organizations, and the community in general. 5. For the effects of this Charter, all the persons who inhabit a city, whether permanently or transitionally, are considered its citizens. 6. Cities, in co-responsibility with national authorities, should adopt all necessary measures – to the maximum allowed by the resources available to them – to progressively achieve, by all appropriate means and with the adoption of legislative and regulatory measures, the full realization of economic, social, cultural, and environmental rights. Furthermore, cities in accordance with their legal framework and the international treaties, should dictate legislative or other appropriate provisions so they fully reflect the civil and political rights gathered in this Charter”, in [righttothecityplatform.org.br/download/publicacoes/World%20Charter%20for%20the%20Right%20to%20the%20City.pdf](http://righttothecityplatform.org.br/download/publicacoes/World%20Charter%20for%20the%20Right%20to%20the%20City.pdf), 2-3.

a considerare, infatti, una vera e propria “inversione”<sup>63</sup> dello stesso: dal vecchio modello di diritti ove i più alti livelli istituzionali erano riconosciuti essere i custodi di una salvaguardia indiscussa rispetto ai livelli inferiori, e ove il cosmopolitismo rappresentava un rigoroso e affidabile adeguamento a standard e ideali nazionali (secondo la logica del “cosmopolitanism vs parochialism”, o “universal states vs ‘parochial’ cities”<sup>64</sup>), si è a mano a mano rinvenuta una crescente affidabilità nel modello che, nei “Rights to the City”, manifestava la vera alternativa “to the withdrawal of central and state government’s responsibilities and resources in the global market”<sup>65</sup>. Nel modello alternativo, infatti, i governi locali si declinano non più come reazionari ma, al contrario, in quanto legittimamente votati – in termini di organizzazione amministrativa, meccanismi di partecipazione, oltre che di pianificazione finanziaria – alla realizzazione della tutela delocalizzata dei diritti umani: “1) city’s priority of democracy; 2) urban diversity, and 3) the connection between urban public goods and global human rights”<sup>66</sup>.

Ciò ha a che vedere, evidentemente, con la terza ondata che, temporalmente, delinea l’esito di un processo durato quasi cinque anni e il cui termine ultimo va rinvenuto nella *Global Charter-Agenda for Human Rights (2011)*<sup>67</sup> e nel conseguente *HR Monitoring Program*. Una volta implementato, questo programma permette, ai membri dei governi locali, di valutare e stimare il livello di protezione dei diritti umani nella loro città attraverso quella che è stata definita una “participatory perspective”<sup>68</sup>.

Sono queste le più significative espressioni di una innovativa ed efficace combinazione tra due livelli: il riconoscimento formale di un diritto umano in

<sup>63</sup> B. Barber, *Cities as Glocal Defenders of Rights*, in AA.VV, *The Future of Human Rights in an Urban World. Exploring Opportunities, Threats and Challenges*, cit., 17.

<sup>64</sup> B. Barber, *Cities as Glocal Defenders of Rights*, in AA.VV, *The Future of Human Rights in an Urban World. Exploring Opportunities, Threats and Challenges*, cit., 17.

<sup>65</sup> Human Right Council, *Role of Local Government in the Promotion and Protection of Human Rights – Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee*, A/HRC/30/49, cit., 13.

<sup>66</sup> B. Barber, *Cities as Glocal Defenders of Rights*, in AA.VV, *The Future of Human Rights in an Urban World. Exploring Opportunities, Threats and Challenges*, cit., 17-18.

<sup>67</sup> Documento che, nello specifico, “aims to promote and strengthen the human rights of all the inhabitants of all cities in the world”, in [www.uclg-cisd.org/sites/default/files/UCLG\\_Global\\_Charter\\_Agenda\\_HR\\_City\\_0.pdf](http://www.uclg-cisd.org/sites/default/files/UCLG_Global_Charter_Agenda_HR_City_0.pdf), 1.

<sup>68</sup> Gli strumenti e le fasi operative sono state attentamente identificati nei seguenti adempimenti: “Making a concrete diagnose of human rights’ situation in a given territory taking the Global Charter-Agenda for Human Rights in the City as reference;

Assessing policies implemented to improve human rights’ guarantee and their direct impact on city’s population, by comparing them to a different territory o to the previous situation;

Facilitating the design, implementation and evaluation of innovative actions in areas especially related to social inclusion, through the collaboration among public and private actors and civil society;

Promoting a human rights culture at local level – engaging both citizens and administration – as well as at an international level, by spreading the rights approach to public action and its concrete policies;

Positioning the territory in which the monitoring is implemented as an international reference, by reflecting the value of its local policies in creating an inclusive, fair and democratic city”, in [www.uclg-cisd.org/en/activities/human-rights-cities/human-rights-monitoring-programme](http://www.uclg-cisd.org/en/activities/human-rights-cities/human-rights-monitoring-programme).

ambito locale, da un lato, e il correlato *Action plan*<sup>69</sup>, dall'altro. Il valore aggiunto della *Global Charter-Agenda* è, infatti, il dato che tutti i singoli diritti umani previsti nella "Carta" – espressi come diritti e doveri <sup>70</sup>- sono correlati ad uno specifico "Suggested Action Plan". L'obiettivo è di sollecitare, con estrema trasparenza, le città interessate a procedere, per gradi, sperimentando direttamente forme di consultazione e partecipazione per invertire la rotta e delineare, dal basso, la propria *Local- Charter Agenda*. È quest'ultima che dovrà esprimere, nella logica della localizzazione del fabbisogno, gli indicatori utili a monitorare il processo di tutela dei diritti umani a livello locale.

La strategia "di inversione" appare, in definitiva, alla luce di quanto finora realizzato 'sul campo', degna di interesse, per il giurista, per ragioni che impattano direttamente sul tema delle HRC. Essa mette in luce, innanzitutto, l'importanza della riflessione giuridica sul peculiare contenuto e sulla potenzialità innovativa del *Right to the City*, aspetti meglio esplicitati all'interno della *Global Platform for the Right to the City* del 2016<sup>71</sup>. Per ciò che qui più conta, nella prospettiva giuridica e, in specie, costituzionale, l'incremento di politiche locali fondate sul riconoscimento di tale diritto contribuirebbe infatti – potenzialmente - a creare le condizioni per un vero e proprio contesto alternativo<sup>72</sup> nel quale ripensare alle città e all'urbanizzazione cercando di minimizzare, e finanche ridurre, le ingiustizie sociali e, anche, spaziali. Un diritto che, di fatto, "*provides a major opportunity to improve and expand human rights*"<sup>73</sup> perchè impone di non poter prescindere dalle irresponsabilità perpetrate, da tempo, dai livelli istituzionali più lontani dal cittadino.

Alla luce di simili premesse, quale è il presupposto fattuale che muove la ricostruzione della situazione giuridica soggettiva qui in esame? E quali implicazioni per la comprensione del ruolo delle HRC nel panorama delle democrazie costituzionali contemporanee?

Le considerazioni qui svolte portano a concludere che, per rispondere a questi quesiti, è indispensabile tener conto di una visuale che contempla i tre

---

<sup>69</sup> Reperibile in [www.uclg-cisdp.org/sites/default/files/Action%20Plan%202018.pdf](http://www.uclg-cisdp.org/sites/default/files/Action%20Plan%202018.pdf).

<sup>70</sup> "Right to the City, Right to Participatory Democracy, Right to Civic Peace and Safety in the City, Right of Women and Men to Equality, Rights of Children, Right to Accessible Public Services, Freedom of Conscience and Religion, Opinion and Information, Right to Peaceful Meeting, Association and to Form a Trade Union, Cultural Rights, Right to Housing and Domicile, Right to Clean Water and Food, Right to Sustainable Urban Development".

<sup>71</sup> Si tratta di una rete internazionale tra organizzazioni della società civile e dei governi locali costituito con lo scopo di promuovere il *right to the city* nelle agende *local* e *global*, facilitando la cooperazione tra i suoi membri. Per un'analisi più approfondita si rinvia a [www.righttothecityplatform.org.br/](http://www.righttothecityplatform.org.br/).

<sup>72</sup> A questo proposito, infatti, si sottolinea che il *Right to the City* non solo "boosts the implementation of already existing human rights in the cities and human settlements" ma, che, soprattutto, "provides an alternative framework to re-think cities and urbanization, trying to minimize social and spatial injustices stemming from the commodification of the city and of its public spaces" (Global Platform for the Right to the City, *What's the Right to the City? Inputs for the New Urban Agenda*, 2016, in [www.righttothecityplatform.org.bt/tag/right2city](http://www.righttothecityplatform.org.bt/tag/right2city), 7-8).

<sup>73</sup> Global Platform for the Right to the City, *What's the Right to the City? Inputs for the New Urban Agenda*, cit., 6.

diversi aspetti, correlati al *Right to the City*, fin qui emersi: innanzitutto, di uno svuotamento, fattuale, delle responsabilità relative ai livelli istituzionali centrali e del subentro della presa in carico della tutela dei diritti umani nei contesti locali, che si costruisce partendo da strumenti (Norme, Dichiarazioni, Agende ecc.) che reagiscono non solo sui principi generali, ma anche sulla loro programmazione applicativa nelle città; in secondo luogo, di una considerazione sostanziale del grado e delle modalità di partecipazione, nella logica che muove dalla “state-led participation” verso un coinvolgimento strutturato guidato dalla comunità (c.d. “structured engagement”)<sup>74</sup>; in terzo luogo, dell’importanza del fenomeno della c.d. “finanzialisation”<sup>75</sup> come processo di ampliamento e approfondimento degli interessi finanziari locali<sup>76</sup>.

Le tre linee direttrici appaiono essere quelle che maggiormente danno conto del fatto che la configurabilità del *Right to the City* – e, dunque, la sua effettività – è condizionata da uno specifico obiettivo di rilievo giuridico-istituzionale: ossia, dalla imprescindibile aderenza ai contenuti del Goal 11<sup>77</sup> della 2030 *Sustainable*

<sup>74</sup> L’espressione, particolarmente significativa con riferimento alle HRC (sul punto si rinvia a AA.VV., *Reimagining Rights-Based Accountability: Community Use of Economic and Social Rights*, in *The Irish Community Development Journal* 3, 2014, 65-81), declina, alla luce dell’esperienza della città di York (UK), un innovativo approccio (il c.d. “participatory approach”): “This approach, focusing on participation, everyday concerns, positive and enabling perspective about rights, and socio-economic rights, speaks”, si è evidenziato, “to the need to recalibrate human rights in the current global political context, for example of austerity, to make them relevant and fit for purpose”: P. Gready, E. Graham, E. Hoddy, R. Pennington, *Re-imagining Human Rights Practice Through the City: A Case Study of York (UK)*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 71. Per un approfondimento in merito alle modalità di implementazione dell’approccio e agli indicatori, si rinvia alle pagine 74-75 del medesimo contributo.

<sup>75</sup> A. Lund Hansen, E. Clark, *The Right to Freedom from Displacement – Practical Implementation and Challenges*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 25-27. R. Martin, *Financialization of everyday life*, Philadelphia, 2002. E, ancora, sul tema: AA.VV., *Reimagining Rights-Based Accountability: Community Use of Economic and Social Rights*, cit.

<sup>76</sup> Con riferimento al caso della città di Eugene – Oregon, infatti, si è evidenziato proprio che, per la promozione della tutela dei diritti umani attraverso un accurato bilanciamento tra risorse da devolvere e interessi da tutelare, “key organisational decision-makers can articulate to the broader community how the benefits to the organisation and to the community outweigh costs, and that those costs are quite minimal”: K. J. Neubeck, *In a State of Becoming a Human Rights City: The Case of Eugene, Oregon*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 68.

<sup>77</sup> “Cities are hubs for ideas, commerce, culture, science, productivity, social development and much more. At their best, cities have enabled people to advance socially and economically. With the number of people living within cities projected to rise to 5 billion people by 2030, it’s important that efficient urban planning and management practices are in place to deal with the challenges brought by urbanization. Many challenges exist to maintaining cities in a way that continues to create jobs and prosperity without straining land and resources. Common urban challenges include congestion, lack of funds to provide basic services, a shortage of adequate housing, declining infrastructure and rising air pollution within cities. Rapid urbanization challenges, such as the safe removal and management of solid waste within cities, can be overcome in ways that allow them to continue to thrive and grow, while improving resource use and reducing pollution and poverty. One such example is an increase in municipal waste collection. There needs to be a future in which cities provide opportunities for all, with access to basic services, energy, housing, transportation and more”, in [www.un.org/sustainabledevelopment/cities/](http://www.un.org/sustainabledevelopment/cities/). Inoltre, per un approfondimento

*Development Agenda* -UN<sup>78</sup>. È in questo contesto “ambizioso” della “new universal Agenda”, come viene definita nel Preambolo, che democrazia partecipativa e utilizzo *responsive* delle risorse e responsabilità assumono un significato nuovo per il ruolo decisivo assunto nella risoluzione della “dichotomic tension” tra ciò che le città, e i governi locali, sono oggi: spazi democratici, da intendersi come *poleis* ma, anche, soprattutto, “accountable bodies in the multi-level legal framework”<sup>79</sup>.

#### 4. La promozione locale dei diritti umani e le sfide del modello “*Human Rights in the city*”: una prospettiva costituzionale aggiornata

Il tema delle *Human Rights Cities* sarebbe potuto rimanere relegato esclusivamente alle categorie e agli studi tradizionali del diritto internazionale. Alla luce di quanto fin qui esposto e, in specie, di ciò che si sta sperimentando in numerose città del mondo, tale impostazione non ha più ragione d'essere: ne sono prova le significative ricadute operative che lo studio e l'implementazione di questo modello portano con sé in termini di contributo, nella prospettiva costituzionale, alla ri-definizione – in termini di aggiornamento che nasce dalle esperienze in atto – delle contemporanee forme di Stato. Non solo, però, come potrebbe apparire ad un primo, frettoloso sguardo, nell'accezione – che trae origine dalla metodologia comparatistica con riferimento ai rapporti tra centro e periferia – ‘tipo di Stato’. Il tema in oggetto coinvolge più direttamente, anche in considerazione dei costanti orientamenti della Corte costituzionale italiana sul punto, la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>80</sup> come veicolo per un rinnovato equilibrio tra governanti e governati.

---

sull'importanza di questo tipo di obiettivo, si rinvia a *Sustainable Cities, Why they Matter*, in [www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2018/09/Goal-11.pdf](http://www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2018/09/Goal-11.pdf).

<sup>78</sup> “On 1 January 2016, the 17 Sustainable Development Goals (SDGs) of the 2030 Agenda for Sustainable Development — adopted by world leaders in September 2015 at an historic UN Summit — officially came into force. Over the next fifteen years, with these new Goals that universally apply to all, countries will mobilize efforts to end all forms of poverty, fight inequalities and tackle climate change, while ensuring that no one is left behind. (...) The SDGs build on the success of the Millennium Development Goals (MDGs) and aim to go further to end all forms of poverty. The new Goals are unique in that they call for action by all countries, poor, rich and middle-income to promote prosperity while protecting the planet. They recognize that ending poverty must go hand-in-hand with strategies that build economic growth and addresses a range of social needs including education, health, social protection, and job opportunities, while tackling climate change and environmental protection”, 2030 *Sustainable Development Agenda* -UN, in [www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/](http://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/).

<sup>79</sup> Di questi temi si è trattato alla Conferenza internazionale organizzata dall'Università di Padova, il 26 e 27 Novembre 2018, dal titolo *Cities, Territories and the Struggles for Human Rights: a 2030 perspective*. “The conference”, si annunciava, era proprio finalizzata “at shedding some light over the transformations that lay ahead for cities and local communities, taking the 2030 SDG Agenda as the fundamental yardstick to assess progress, and at charting ideas and experiences that support a claim for a stronger political role of sub-state and non-state territory-based entities in the global world in a human rights perspective”, in [unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/booklet\\_internationalconference\\_def\\_web.pdf](http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/booklet_internationalconference_def_web.pdf), 2.

<sup>80</sup> *Ex multis*, si rinvia ai seguenti approfondimenti sul tema: Corte costituzionale, Servizio Studi, *I diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario e negli ordinamenti nazionali*, Siviglia, 27 ottobre 2017, in [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_306\\_Diritti\\_fondamentali\\_2017.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_306_Diritti_fondamentali_2017.pdf); *I diritti fondamentali nella giurisprudenza*

Nella specie, riprendendo la dialettica proposta nelle premesse sul modo in cui intendere i diritti umani, è evidente che il costituzionalista contemporaneo non può porsi con uno stato d'animo che privilegi una – scartando l'altra – delle due impostazioni suggerite come alternative da alcuni autori. Il riferimento è alla rilevata criticità dell'ambivalenza, rispetto a quei diritti, tra l'impianto legale che li riconosce, da un lato, e la loro accezione morale, da considerarsi anche come apporto in termini di nuova *governance*, dall'altro. Il ponderato bilanciamento – e la oculata combinazione – tra il sistema costituzionale di un ordinamento e quella *vision of good governance*, invero, appare essere, infatti, proprio ciò che, ad oggi, è mancato nello studio dei diritti umani, al punto tale da generare una cristallizzazione a livello internazionale – con la conseguenza di aver sempre più negato, a priori, l'apporto delle comunità locali – senza tenere in alcuna considerazione la crisi della sovranità statale che, di fatto, ha abdicato proprio a quella *vision*. Di qui, il rilievo scientificamente decisivo del modello delle HRC nel loro essere allineate a precisi indicatori giuridico-economici che, con trasparenza e agevole accessibilità, possono essere proposti, monitorati e implementati dal livello di *governance* più vicino al cittadino. Quest'ultimo, tra l'altro, in quanto contribuente, a quel grado di tutela garantito dalle istituzioni locali è l'unico che contribuisce direttamente, con le proprie risorse. Risorse che sono, di fatto, anch'esse, espressione della sua personalità.

1952

Alla luce di tale premessa, risulta consequenziale il dato che, le ricadute operative a cui si accennava, impongono una riflessione preliminare nel senso della valorizzazione del modello delle HRC per il solo fatto che esso, attraverso un processo ancora in corso, ha inserito nella più generale idea di protezione multilivello dei diritti umani non solo nuovi protagonisti, nuovi strumenti, nuove pratiche collaborative ma, soprattutto, lo stimolo a comprendere come meglio bilanciare, a livello operativo, *giustizia* (ove per essa si intende: politiche sui diritti, da concepirsi non in astratto) e *governabilità* (ossia con riferimento al grado di intensità nella garanzia di quei diritti). Gli insegnamenti che si possono estrapolare dal modello suddetto, dunque, e i rispettivi scenari che da esso paiono scaturire, trovano nei seguenti assunti il loro principale fondamento:

- a) la imprescindibile necessità di operare, rispetto a fenomeni di innovativa combinazione giuridico-istituzionale come quello delle HRC, avendo come presupposto il “rapporto tra regole e regolarità”<sup>81</sup>; ciò, nei termini in cui il legame tra diritto e realtà “si riflette sulla definizione del contenuto dei diritti

---

della Corte costituzionale, Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di PoloniaVarsavia,30-31 marzo 2006, in [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU185\\_principi.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf); R. Romboli, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Giur. Cost.*, n. 2/2018.

<sup>81</sup> Come è stato sostenuto, infatti, “ (...) certe riforme, al fine di poter davvero attecchire nel terreno sociale e portare i frutti che da esse si attendono, richiedono –come si faceva poc'anzi notare –una virtuosa e sinergica combinazione di regole e di regolarità, di regole etero-ed auto-prodotte, tutte chiamate a concorrere alla reciproca rigenerazione, in un rapporto di mutuo sostegno e reciproca, incessante ricarica”: A. Ruggeri, *Costituzione e formazioni sociali: modello ed esperienze a confronto (note minime, introduttive ad un dibattito)*, cit., 280.



- (con particolare riguardo a quelli sociali)” – ancorchè ciò si ritiene valga, ancor di più, per i diritti umani che ne sono il presupposto -, “stante l’inscindibile nesso tra la dimensione quantitativa e qualitativa delle prestazioni e il godimento dei diritti a cui esse sono funzionali”<sup>82</sup>;
- b) l’importanza, dal punto di vista della riflessione costituzionale, di adottare un approccio istituzionalista. Promuovendo, quest’ultimo, da sé, la rilevazione delle ricadute applicative, più di qualsiasi altro appare contribuire ad esaltare il profilo dinamico del pluralismo sociale<sup>83</sup> che scaturisce da tali fenomeni. A questo proposito, infatti, l’espansione dei movimenti a supporto delle HRC, nelle diverse esplicazioni emerse dal ruolo chiave che la società civile<sup>84</sup> ha saputo assumersi, si pone, oggi più che mai, come interessante sfida nei confronti dei governi locali e del loro essere – o meno – all’altezza degli standard sui diritti umani. Ciò vale, in specie, in termini di formazione di una cultura aggiornata dei diritti umani: “The human rights city concepts”, si è sottolineato, “is flexible enough to accommodate” le differenze di ogni singola realtà locale. “It is only by exploring the specific challenges of local and regional human rights implementation on-the-ground and in detail that” - si insiste, nella prospettiva della localizzazione degli stessi -, che i “local and regional governments”, hanno dimostrato saper iniziare - come ci insegnano le sperimentazioni delle città svedesi - “the process of fostering their own human rights culture”<sup>85</sup>;
- c) la piena consapevolezza di dover guardare a queste realtà locali, e agli strumenti che li disciplinano per connettere il soggetto città alla

---

<sup>82</sup> Seppur con riferimento specifico al rapporto tra “Diritti e risorse finanziarie tra Stato, Regioni e Unione europea”, la riflessione si ritiene possa essere estesa al tema in esame, in specie laddove si opta per suggerire che le autonomie regionali possano incrementare “il ventaglio dei servizi forniti e adattandoli alla concretezza dei bisogni dei territori”: G. Rivosocchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, Relazione al XXXIII Convegno AIC, intitolato *La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, tenutosi a Firenze il 16-17 novembre 2018, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, 250.

<sup>83</sup> Tematica complessa ma, evidentemente, decisiva per l’argomento: “Fare il punto sullo stato di salute del pluralismo sociale”, si è recentemente osservato, “equivale a tornare ad osservare la struttura stessa della comunità organizzata, verificare la tenuta dei punti di cui si compone la trama del tessuto sociale, se hanno subito uno sfilacciamento ovvero se col passare del tempo si presentano ancora più saldi di come fossero al momento della originaria tessitura della trama stessa: significa, a conti fatti, tornare ad interrogarsi sulla evoluzione o, a seconda dei punti di vista, involuzione dello stesso idem sentire *de re publica* attorno a valori fondamentali omnicondivisi”, in A. Ruggeri, *Costituzione e formazioni sociali: modello ed esperienze a confronto (note minime, introduttive ad un dibattito)*, in *Giur.cost.*, n. 2/2019, 271, Testo della Relazione esposta al Convegno su *Ripensare o “rinnovare” le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee*, a cura di A. Ciancio, Catania 24-25 maggio 2019.

<sup>84</sup> Sul ruolo decisivo che la società civile ha assunto nella promozione di tale modello quale componente di successo del suo funzionamento, si rinvia alle considerazioni di chi ha posto l’attenzione sulla società civile quale “*sphere where human rights are claimed, local authorities are held accountable and human rights consciousness is raised*”: E. Van Den Berg, *Co-creating Human Rights in the City – Civil Society and Human Rights Cities in the Netherlands*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 41, 48-49.

<sup>85</sup> M. F. Davis, *Introduction*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 3.

salvaguardia dei diritti umani, considerando la crisi di rappresentanza che le democrazie contemporanee stanno vivendo: lo svuotamento di contenuti che fanno capo al principio di responsabilità – nella sua non comprensione da parte dei livelli di tutela statali –, non può che portare ad optare per una logica local o city-centric. Il passaggio da un modello “state-based government” ad una c.d. “multi-actor governance”, accompagnato dalla decisiva convinzione che “City-level work can play a role in developing this consciousness”<sup>86</sup> apre, dunque, di fatto, nuovi ambiti di indagine che mettono in primo piano non solo il ruolo della sperimentazione locale come laboratorio per nuovi modelli di governance ma, soprattutto, le potenzialità del “local activism”<sup>87</sup> nella prospettiva partecipativa<sup>88</sup>;

- d) l’esigenza di una correlata indagine socio-economica sul modello, inteso come strumento di analisi attendibile sia per verificarne la tenuta – contemperandone, in specie, i profili finanziari<sup>89</sup> – in vista di una “effettiva evoluzione e nel suo concreto funzionamento”<sup>90</sup>; sia, non ultimo, per aggiornare ai nuovi fabbisogni emersi nelle realtà locali, quali sono gli indicatori dell’incidenza delle relazioni finanziarie tra Stato e governi locali con riferimento alle varie tipologie dei diritti<sup>91</sup> e, dunque, anche ai diritti umani<sup>92</sup>;

<sup>86</sup> P. Gready, E. Graham, E. Hoddy, R. Pennington, *Re-imagining Human Rights Practice Through the City: A Case Study of York (UK)*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 76.

<sup>87</sup> M. S. Engle, *Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle*, in *American Anthropologist*, 108:38-51, 2006, 227.

<sup>88</sup> Sul tema, si rinvia ad alcuni recenti lavori di significativo interesse: U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010; G.C. De Martin, D. Bolognino, *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova, 2010. In specie, con riferimento alle forme di democrazia partecipativa “al fare” e “al decidere”, si veda A. Valastro, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell’epoca delle fragilità*, in Id. (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, 2010.

<sup>89</sup> “Che tutti i diritti “costino”, si è ricordato, “è opinione ormai diffusa, anche se la disponibilità delle risorse può incidere in modo diverso sull’effettività di ciascuno di essi se ci si ferma alla loro differente struttura. Il vero problema, oggi”, rileva l’autore, “è «calcolarne il prezzo» (Bin, 2018, 15 ss. e141) e soprattutto, per quanto qui interessa, verificare come esso sia ripartito tra centro e periferia per capire se a questo riparto corrispondano adeguate risorse”: G. Rivosecchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., 250.

<sup>90</sup> Le medesime considerazioni sono valse, infatti, per verificare che “il modello costituzionale di autonomia finanziaria abbia garantito la realizzazione di politiche sui diritti”: G. Rivosecchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., 283.

<sup>91</sup> “In definitiva, se l’incidenza più immediata delle relazioni finanziarie tra centro e periferia si determina sui diritti a prestazione, non può escludersi che funzioni affidate agli enti territoriali, apparentemente estranee al tema dei diritti, possano incidere anche su quelli più “classici”: G. Rivosecchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., 250.

<sup>92</sup> Sul fondamento dei diritti nella Costituzione italiana e, in specie, per ciò che qui rileva, per un’analisi delle tradizionali concezioni dei diritti dell’uomo, si rinvia a F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999.

- e) il ripristino del rapporto, che Mortati vedeva nella sua “reciproca condizionalità”<sup>93</sup>, tra democrazia politica e democrazia economica<sup>94</sup>. Per come si sono evolute le prime sperimentazioni, infatti, le HRC paiono incarnare, ove si hanno a mente i fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee<sup>95</sup>, “a challenge for both mainstream city governance arrangements and human rights practice”<sup>96</sup>;
- f) l’adozione di un metodo di indagine giuridica che valorizzi, allo stesso modo, sia la configurazione legale di alcune esperienze, sia le manifestazioni sostanziali di promozione dei diritti umani che quella formalizzazione non hanno raggiunto: ciò vale, in specie, se si considera l’eterogeneità – che è pure il valore aggiunto di queste sperimentazioni locali – dei diversi “human rights habitat” in cui le istanze per la formazione di HRC hanno innescato il processo di implementazione dei diritti umani. Se da un lato, infatti, c’è chi sostiene l’imprescindibilità di una qualsiasi “formal decision and declaration which expresses the municipality’s self-commitment”<sup>97</sup> per distinguere le

---

<sup>93</sup> “... L’esigenza di tutela dello sviluppo della personalità umana, (...), non può ritenersi appagata”, spiegava, “dalla semplice affermazione del diritto di libertà e di quello di uguaglianza, avendo l’esperienza storica offerto la dimostrazione del come tali diritti siano destinati a rimanere sterile affermazione per tutti coloro che l’assetto economico capitalistico individuale poneva fatalmente nella condizione di non poterne praticamente usufruire (...). Si affermò pertanto”, prosegue l’autore, “nella coscienza comune il bisogno di un’uguaglianza fra gli uomini non più meramente formale ma sostanziale, ad ottenere la quale si rendevano necessari interventi di varia natura (...). In modo riassuntivo il rapporto cui si accenna fra la forma politica e quella economica-sociale si può esprimere come rapporto di reciproca condizionalità fra democrazia politica e democrazia economica (...). L’elemento di verità dell’osservazione riportata sta in questo: che il superamento del liberismo (...) obbligando ad un intervento nel campo dei rapporti economici, amplia la sfera della regolamentazione costituzionale (...)”: C. Mortati, *La Costituente*, Roma, 1945, 199-200.

<sup>94</sup> “Da un punto di vista giuridico-costituzionale”, si è infatti osservato, con riferimento al tema della Crisi della partecipazione o delle sue forme rappresentative (par.3), “la preoccupazione per l’impoverimento della trama sociale ed economica e del tessuto connettivo posto tra cittadini e istituzioni è pienamente giustificata, se è vero che, nella Costituzione, il fine della Repubblica – lo svolgimento della persona umana – non può andare disgiunto dalla partecipazione all’organizzazione sociale, economica e politica. Le due finalità sono strettamente interrelate”: F. Pizzolato, *Le nuove forme della partecipazione civica e le autonomie territoriali*, in *JusOnline*, n. 2/2018, 47.

<sup>95</sup> G. Gozzi, *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997.

<sup>96</sup> P. Gready, E. Graham, E. Hoddy, R. Pennington, *Re-imagining Human Rights Practice Through the City: A Case Study of York (UK)*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 71.

<sup>97</sup> K. Starl, *Human Rights City Graz: Lessons Learnt from the first 15 Years*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 57. In questa prospettiva, una città può essere considerata una HRC se “its governing bodies explicitly decide to shape and actually implement its policies towards maximum achievable human rights fulfillment in any way that a culture of human rights within the municipality and within the society as a whole evolves and becomes a reality in the perception and in the living conditions of its citizens by establishing structures and processes accordingly, including evaluating the policies’ outcomes”. “Besides the principle of rule of law,” precisa l’autore, “this is deemed necessary as a reference for political action by political parties, authorities and importantly by civil society. It builds the basis for accountability. A formal commitment makes the difference to other municipalities which probably comply with human rights standards, but do not declare human rights policy-making as a core task. This means that all structures, decision-

HRC dalle città che si limitano ad ottemperare agli human rights standards, dall'altro non si possono trascurare quelle indicazioni che, a fronte di una attenta analisi della realtà delle odierne HRC, nelle loro diverse manifestazioni<sup>98</sup>, suggeriscono di non sottovalutare “the innovative programmes that spread virally rather than legislatively, via choice and public opinion as well as mayoral leadership rather than via legislation or collective executive fiat”<sup>99</sup>. In ogni caso, preme rilevare che il presupposto indefettibile per entrambi gli orientamenti, è quello che fa a capo alla convinzione che siano in gioco “rights achieved by consensu, not force”<sup>100</sup>.

### 5. Considerazioni conclusive. Verso l'applicazione dello *Human Rights-Based Approach* alla *Local Governance*, anche italiana?

1956

Eleanor Roosevelt, già nel 1958, in qualità di Presidente della Commissione che ha redatto la Dichiarazione Universale dei diritti umani, aveva sottolineato come i diritti umani iniziassero la loro esistenza vicino a casa, nella quotidianità dell'esperienza del singolo uomo: “Unless these rights have meaning there, they have little meaning anywhere”<sup>101</sup>, affermò in un'occasione pubblica. Se non lì, da nessun'altra parte. Nessun significato, dunque, se non ce l'hanno nei luoghi dove viviamo, dove lavoriamo e in cui impariamo fin da piccoli.

Non c'è alcun dubbio, d'altra parte, che il rafforzamento dei diritti umani a livello locale sia operazione tanto complessa, quanto stimolante per le sfide che si affacciano<sup>102</sup>. In ogni caso, negare ciò che sta dando risultati in termini di benefici<sup>103</sup> e, soprattutto, continuare a minimizzare – fino a respingere, come avviene in molti ordinamenti solo formalmente decentrati - una prospettiva

---

making processes, policy implementation and institutions are oriented towards the fulfilment of human rights” (ivi, 57).

<sup>98</sup> Ove, cioè, le espressioni di una adesione alla promozione delle politiche sui diritti umani, si manifestano attraverso diverse modalità tra cui, si può ricordare, ad esempio: l'istituzione di *ombudsperson office*, di Commissioni sui diritti umani o di organi consultivi, oppure la definizione di procedure di segnalazione con predisposizione di rimedi amministrativi.

<sup>99</sup> B. Barber, *Cities as Glocal Defenders of Rights*, in AA.VV., *The Future of Human Rights in an Urban World. Exploring Opportunities, Threats and Challenges*, cit., 21.

<sup>100</sup> B. Barber, *Cities as Glocal Defenders of Rights*, in AA.VV., *The Future of Human Rights in an Urban World. Exploring Opportunities, Threats and Challenges*, cit., 21.

<sup>101</sup> Alla presentazione di un libro sui diritti umani, *In Your Hands*, UN Commission on Human Rights, *New York, March 27, 1958*, in [en.wikiquote.org/wiki/Human\\_rights](http://en.wikiquote.org/wiki/Human_rights).

<sup>102</sup> Per un quadro riassuntivo delle più importanti sfide che i governi locali contemporanei stanno affrontando nella protezione e promozione dei diritti umani, si rinvia al Rapporto A/HR/30/49 che si sofferma sulle seguenti: “lack of political will”; “shortage in institutional capacity and/or resources”; “lack of adequate coordination between central and local government”; “lack of information about requirements resulting from human rights at the local level”; “non-recognition of the role and contributions from civil society”, in Human Right Council, *Role of Local Government in the Promotion and Protection of Human Rights – Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee*, A/HRC/30, cit., 12.

<sup>103</sup> Sintetizzando le ricadute positive emerse dagli studi della “human right culture” nel livello più prossimo al cittadino, ossia nelle città, tali benefici appaiono essere: un più sostanziale approccio democratico; una più significativa inclusione e coinvolgimento inter-settoriale, una riduzione dei costi poiché i governi locali: M. F. Davis, *Introduction*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 7.

autonomistica, finanche localista, all'interno del più generale impianto costituzionale, è del tutto fuorviante rispetto alla realtà dei fatti. Non solo. Tale approccio risulta anche controproducente in termini di mancato adeguamento del sistema alle evoluzioni in atto sulla spinta dei cittadini<sup>104</sup>.

Le ragioni della contrarietà a queste logiche centriste, di fatto superate persino nell'ambito dei diritti umani, si rinvergono nelle seguenti considerazioni. Innanzitutto, perché è il sistema costituzionale stesso che, attraverso le sue variegata e imprevedibili esplicazioni esperienziali, include oggi, di fatto, nella prospettiva qui proposta, la tutela e la promozione dei diritti umani come naturale espressione dello "spontaneo ordinamento del corpo sociale"<sup>105</sup>.

Inoltre, l'approccio che nega ogni possibilità di delocalizzazione della tutela e promozione dei diritti non contribuisce a superare gli oramai evidenti limiti degli attuali meccanismi applicativi che, a livello statale, sarebbero votati alla salvaguardia effettiva di quegli stessi diritti; né, tanto meno, permette di intercettare le linee guida indispensabili per affrontare, nella prospettiva costituzionale, l'attuale momento di transizione.

Il delicato bilanciamento tra principio personalista e principio pluralista, di cui all'art. 2 della Costituzione italiana<sup>106</sup>, e il difficile processo di messa a punto di un nuovo equilibrio Stato-Regioni-enti locali attraverso la rilettura di alcuni principi fondanti di un più aggiornato regionalismo italiano, nell'ottica della valorizzazione delle istanze locali, non può, in definitiva, non tenere in considerazione il seguente, fondamentale assunto: che "A human rights-based approach to local governance", come ha dimostrato la nascita di numerose HRC, non potrebbe che portare, anche nel nostro ordinamento, alla rivitalizzazione del "the principle of democracy, participation, responsible leadership, transparency, accountability"<sup>107</sup>. Le città, includendo anche quelle italiane ad oggi non rientranti nell'elenco delle HRC, al di là di sporadiche - benchè comunque significative<sup>108</sup>-

---

<sup>104</sup> "Proprio perché il fine complessivo della Repubblica (art. 3) e quello, articolato, delle formazioni sociali (art. 2) è convergente, lo svolgimento della persona, la sua realizzazione esige un'alleanza tra istituzioni e cittadini singoli e associati, di cui la sussidiarietà è l'espressione sintetica", si sottolinea in F. Pizzolato, *Le nuove forme della partecipazione civica e le autonomie territoriali*, cit., 48.

<sup>105</sup> P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, cit., xxi.

<sup>106</sup> "(...) il concetto di persona, al di là delle matrici culturali e ideologiche che ne ispirarono l'inserimento nell'art. 2 Cost., evoca essenzialmente la complessità della natura umana, esprimendo non soltanto una presa d'atto, ma anche il riconoscimento della stessa come valore meritevole della massima tutela e promozione. Tale riconoscimento è alla base del principio pluralista che, com'è noto, nel testo costituzionale è declinato nelle più varie forme (come pluralismo istituzionale, politico, culturale, ecc.). Tra quest'ultimo principio e quello personalista esiste, dunque, un nesso indissolubile, essendo il primo una proiezione del secondo: la varietà di espressioni della natura umana, colte anche, e soprattutto, nella loro dimensione sociale, legittima il riconoscimento del valore delle diverse formazioni intermedie entro le quali si sviluppa la stessa personalità": A. Morelli, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Giur.cost.*, n. 2/2019, 359.

<sup>107</sup> Human Right Council, *Role of Local Government in the Promotion and Protection of Human Rights – Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee*, A/HRC/30, cit., 12.

<sup>108</sup> Tra le iniziative più recenti, con la finalità di ricondurre il contenuto del *Goal 11*, si ricorda, ad esempio, il *Right2 City Festival* di Padova: "In particolare, attraverso la presenza dell'Amministrazione comunale gli organizzatori si propongono di riuscire a individuare e

iniziative in materia di diritti umani, una volta adottata la prospettiva costituzionale che opta per una lettura in combinato disposto dei principi costituzionali personalista, pluralista e autonomistico, in correlazione con la prospettiva di sussidiarietà<sup>109</sup> e con il principio di capacità contributiva, e a fronte di esperienze già in atto in altre città del mondo, non paiono potersi escludere – o, addirittura auto-escludere – dal processo in atto a livello mondiale. Soprattutto in un'epoca di crisi come quella che stanno attraversando le istituzioni italiane, la possibilità di misurarsi con le rispettive potenzialità economico-istituzionali assume le caratteristiche del doveroso impegno – in termini di responsabilità – a divenire vere – perché, di fatto, uniche – interlocutrici del “pro-active approach to human right problem-solving”<sup>110</sup>.

1958

Non è forse del tutto casuale che uno dei più apprezzati scienziati sociali, l'americano Robert Putnam, proprio partendo dalla realtà italiana, sia stato promotore di una ricerca-riflessione sulle motivazioni per le quali alcuni governi democratici funzionassero meglio di altri. In uno dei contributi, che oggi più rilevano per le implicazioni costituzionali che ne derivano rispetto alla situazione contemporanea su questi temi, ha offerto evidenze empiriche del ruolo che la tradizione civica, supportata da una sostanziale partecipazione civica, può avere nel contribuire a sviluppare istituzioni di successo. Il titolo originale, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*<sup>111</sup>, esprimeva ciò che ora rileva in modo significativo per l'analisi della correlazione città-diritti umani: se l'obiettivo è, come è nella logica pragmatica angloamericana e, tanto più, in quella internazionale dei diritti umani, che le istituzioni funzionino, che non ci si limiti a riconoscere formalmente i diritti, ma che si approntino gli strumenti e i livelli di

---

condividere delle buone prassi sulla gestione di spazi pubblici e sul rapporto con la cittadinanza. (...) Inoltre, essendo il Festival dislocato e diffuso in diverse zone della città, attraverso le più comuni forme d'arte quali talks, convegni, laboratori, fumetti, teatro, fotografia, musica, poesia, l'intento è di creare, nella casualità dell'incontro con il cittadino, un'occasione di conoscenza di problematiche ed esperienze positive, promuovendo un'opportunità di cambiamento, sia a livello di responsabilità personale che di responsabilità condivisa, una corretta informazione sui diritti umani ed una maggiore attenzione alla città e al ruolo del cittadino nella promozione del benessere proprio ed altrui”, in unipd-centrodirittiumani.it/it/news/Prende-il-via-il-Right2CityFestival-organizzato-dallo-Sportello-di-Avvocato-di-Strada-di-Padova-26-30-giugno-2019/4942.

<sup>109</sup> Sul rapporto tra cittadini attivi e autonomie, si rinvia alle seguenti riflessioni: “Le trasformazioni intervenute (...) nelle forme della partecipazione sociale hanno diverse cause, ma, almeno in parte, sono in rapporto circolare con l'azione dei soggetti istituzionali che abitano la sfera pubblica. Non sono cioè fenomeni che avvengono in uno spazio totalmente inaccessibile per l'influenza della sfera pubblica. Tutt'altro. Ai soggetti istituzionali la Costituzione traccia un'indicazione ora esplicita, quella cioè di favorire lo svolgimento di funzioni di interesse generale da parte dei cittadini singoli e associati, secondo il principio di sussidiarietà. La sfera pubblica, anziché assistere passivamente alle trasformazioni del corpo sociale, deve disporsi in un atteggiamento dialettico e propositivo che incoraggi la partecipazione. Se le autonomie territoriali sono strutturalmente il soggetto pubblico meglio posizionato per valorizzare l'iniziativa sociale, tanto che la sussidiarietà verticale costituisce una gemmazione di quella orizzontale, a maggior ragione questa conclusione si impone al cospetto delle mutate forme dell'attivazione civica”, in F. Pizzolato, *Le nuove forme della partecipazione civica e le autonomie territoriali*, cit., 55.

<sup>110</sup> M. F. Davis, *Introduction*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 3.

<sup>111</sup> R. D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, cit.

tutela più consoni per la loro effettività, allora quella ‘discussione sulla democrazia’ che partì dal monitoraggio, nel ventennio che va dal 1970 agli anni novanta, delle neo istituite regioni italiane ritrova oggi, proprio nelle HRC, quei facilitatori di buona *governance* e prosperità economica che Putnam aveva rilevato nelle forme di cooperazione e di fiducia delle istituzioni locali italiane.

Se così è, allora non c’è motivo per non ritenere che, nella prospettiva costituzionale qui proposta, le “human rights cities” abbiano tutte le caratteristiche per divenire sempre più l’autentico “promising vehicle for making rights a reality”<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> E. Van Den Berg, *Co-creating Human Rights in the City – Civil Society and Human Rights Cities in the Netherlands*, in AA.VV., *Human Rights Cities and Regions. Swedish and International Perspectives*, cit., 41.





# Dalla “Via della seta” alla *Belt and Road Initiative*: analisi dei contenuti e della vincolatività giuridica del MoU Italia-Cina

di Maria Rosaria Calamita

**Abstract: From the Silk Road to the Belt and Road Initiative: contents and legal value analysis of the China-Italy MoU** – The aim of this article is to provide a brief analysis on the recent *Memorandum of Understanding* between China and Italy with regard to the Chinese President Xi Jinping Programme about the rebirth of ancient Silk Road: the so called *Belt and Road Initiative*. Starting from the evaluation of the legal value of the MoU in international law, the contents of this document will be analysed in order to understand what are the current margins of Italy’s manoeuvring, considering its participation in the European Union.

**Keywords:** Belt and Road Initiative; Via della seta; Memorandum Cina-Italia.

1961

---

## 1. Introduzione

Il commercio internazionale da tempi immemori è stato fondamentale per lo sviluppo economico, sociale, culturale e tecnologico dell’umanità. L’archeologia e lo studio dei testi antichi hanno messo in luce l’esistenza di una serie di fitte reti di comunicazione fluviali, marittime e stradali in grado di collegare mercati dislocati nei continenti europeo, africano e asiatico. Ad esempio, nel II secolo a.C. i cinesi, all’epoca già abili mercanti ed esportatori di seta, scoprirono un passaggio attraverso gli altopiani dell’Asia centrale che li mise in contatto con l’India e la Persia: fu così che venne inaugurata la “Via della seta”, una lunghissima pista, di circa 7.000 chilometri, che si estendeva dal Fiume Giallo al Mediterraneo e che rimase in uso fino all’VIII secolo d.C. Essa costituiva un mosaico di strumenti di comunicazione fatto di porti, strade e stazioni ove le carovane sostavano lungo il viaggio; per mezzo di essa prodotti di varia natura attraversavano i continenti per consentire lo sviluppo del più grande sistema di *import-export* dell’antichità, con percorsi che variarono nel tempo, adattandosi alle circostanze politiche ed economiche delle aree attraversate<sup>1</sup>.

È dunque evidente come la *Belt and Road Initiative* (BRI), l’imponente programma cinese inaugurato nel 2013 dal Presidente cinese Xi Jinping, volto a connettere e integrare economicamente l’Asia con l’Europa, affondi le proprie

---

<sup>1</sup> Per approfondimenti su questo tema, dal punto di vista storico, si rimanda al lavoro di J.N. Robert, *Da Roma alla Cina. Sulle vie della seta al tempo della Roma imperiale*, Gorizia, 2016; nonché, più di recente, a E. Giunipero (a cura di), *Uomini e religioni sulla via della seta*, Firenze, 2018. Dal punto di vista archeologico, invece, si veda B. Genito, L. Caterina (a cura di), *Archeologia delle Via della seta. Percorsi, immagini e cultura materiale*, Roma, 2017.

radici in un passato assai remoto<sup>2</sup>. La “Nuova via della seta”, infatti, vuole riproporre i proficui scambi commerciali, interculturali e religiosi realizzati lungo questi percorsi, rivitalizzandone le antiche strade. Più nello specifico, il progetto è volto «to promote the connectivity of Asian, European and African continents and their adjacent seas, establish and strengthen partnerships among the countries along the Belt and Road, set up all-dimensional, multi-tiered and composite connectivity networks, and realize diversified, independent, balanced and sustainable development in these countries»<sup>3</sup>.

È recente, inoltre, la notizia circa la volontà del nostro Governo di porsi come “apripista” del menzionato progetto, trattandosi del primo Paese del G-7 e tra quelli fondatori dell’Unione<sup>4</sup> a sostenere formalmente il programma cinese con la sottoscrizione di un *Memorandum of Understanding* (MoU), avvenuta durante la visita in Italia del presidente cinese Xi Jinping lo scorso 23 marzo. Fin dall’avvio dell’ambizioso progetto, infatti, la Cina ha preferito avviare dialoghi bilaterali con i singoli Stati dell’UE ad esso interessati, piuttosto che con le istituzioni europee<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Si tratta di un programma di investimenti infrastrutturali che punta a sviluppare la connettività e la collaborazione tra la Cina e almeno altri 70 Paesi localizzati in un’area che rappresenta un terzo del PIL mondiale, racchiude almeno il 70% della popolazione e possiede oltre il 75% delle riserve energetiche globali. Secondo quanto dichiarato dalle autorità cinesi, l’obiettivo primario della BRI è quello di creare un grande spazio economico eurasiatico integrato, ampliando i legami già esistenti con l’Unione Europea. Verranno realizzati sei corridoi di trasporto, via terra e via mare, che consentiranno alla Cina di diversificare le proprie rotte commerciali, di accedere a nuove fonti di approvvigionamento energetico e di espandere l’influenza politica ed economica cinese. Il Piano d’azione per la BRI elaborato dal Governo di Pechino prevede, nel dettaglio, due direttrici principali, sulla falsariga dell’antica Via della Seta. Quella terrestre, *Silk Road Economic Belt*, collegherà non solo i centri produttivi della Cina meridionale ai mercati di consumo europei tramite ferrovia attraverso l’Asia Centrale (Kazakistan) ma anche la Russia alla Turchia, passando per Pakistan e Iran, e all’India, tramite il Sud-Est Asiatico (Tailandia e Myanmar). La direttrice marittima, la cosiddetta *Maritime Silk Road*, permetterà invece alle merci cinesi di raggiungere il Mediterraneo attraverso Suez - estendendosi fino alle coste dell’Africa Orientale (Gibuti, Kenya e Tanzania) e al Maghreb - e il resto dell’Asia tramite il Mar Cinese meridionale. In aggiunta alle due vie, marittima e terrestre, il Governo cinese a gennaio 2018 ha annunciato l’intenzione a realizzare una Via della Seta Polare, che si dovrebbe sviluppare lungo tre rotte attraverso l’Artico: un passaggio a nord-est (Russia), uno centrale e uno a nord-ovest (Canada). Infine, la Cina negli ultimi mesi ha anche espresso l’intenzione di dar vita a una *Silk Road Aerea* per favorire l’aumento dei collegamenti del Paese con il resto del mondo (cfr., quasi *verbatim*, *La Belt and Road Initiative avvicina Pechino all’Europa*, in *Diplomazia economica italiana. Newsletter online a cura del Ministero degli Affari Esteri*, 2018, n. 3, 4 ss., disponibile sul sito [www.esteri.it](http://www.esteri.it)).

<sup>3</sup> Così NDRC, *Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st Century Maritime Silk Road*, documento del 28 marzo 2018, disponibile su [en.ndrc.gov.cn](http://en.ndrc.gov.cn).

<sup>4</sup> Ad onor del vero, anche il Lussemburgo, dopo l’Italia, ha sottoscritto un MoU di adesione alla BRI lo scorso 29 marzo; invece, la Francia ha firmato con la Cina, il 25 marzo, una dichiarazione congiunta, strumento diverso dal MoU (come si avrà modo di osservare nel prosieguo), in quanto volto a raccogliere le intenzioni comuni delle parti, ma in maniera meno “stringente” dal punto di vista politico. Va altresì tenuto presente come abbiano già provveduto a siglare MoU relativi al BRI con la Cina: Austria, Bulgaria, Croazia, Cipro, Estonia, Grecia, Lettonia, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia e Ungheria (v. l’allegato 2 allo studio prodotto dal *Policy Department* del PE, B. Cosentino, D. Dunmore, S. Ellis et alii, *Research for TRAN Committee: The New Silk Route - Opportunities and Challenges for EU Transport*, Bruxelles, 2018 (disponibile su <http://bit.ly/2B6oyxJ>).

<sup>5</sup> *Ibidem*, 18.

Fine di questo contributo sarà dunque quello di esaminare, dal punto di vista giuridico, la compatibilità del MoU con gli obblighi che l'Italia ha assunto in sede internazionale e unionale, al fine di stabilire se – allo stato – siano configurabili eventuali illeciti internazionali o “eccessi di potere” alla luce del riparto di competenze tra Stati membri e UE.

Nel condurre tale analisi, non è superfluo evidenziare come gli elementi a disposizione non siano però sufficienti a fornire un esame dettagliato e specifico del quadro di riferimento; pertanto, si tratta di una breve disamina, limitata a delineare gli scenari possibili e le eventuali conseguenze giuridiche connesse alla sottoscrizione dell'intesa bilaterale tra Roma e Pechino.

## 2. Il valore giuridico del *Memorandum of Understanding* nelle fonti di diritto internazionale

Con la locuzione *Memorandum of Understanding*, nel diritto internazionale, può farsi riferimento sia ad un trattato internazionale classicamente inteso (con conseguente applicazione di diritti e obblighi internazionali)<sup>6</sup>, che ad un documento non vincolante (teso ad esprimere per lo più una convergenza di interessi tra le parti)<sup>7</sup>. Al fine di evitare fraintendimenti di sorta, nella prassi, si è soliti rendere noto lo *status* del testo concordato attraverso una specifica previsione. È quello che accade nel *draft* relativo al MuO tra Cina e Italia<sup>8</sup>, nel quale, al paragrafo VI – *Applicable Law*, se ne evidenzia esplicitamente il carattere non vincolante, tanto che nessuna parte del documento è da considerare come base di impegno legale o finanziario per le controparti; né con esso si vogliono mettere in crisi gli assetti attuali delle relazioni internazionali di cui l'Italia è parte, in particolar modo nei confronti dell'Unione (sempre il paragrafo VI, infatti, prevede che il MoU venga interpretato secondo la legislazione delle controparti e in coerenza con la normativa internazionale nonché, laddove ne ricorrano i presupposti per la parte italiana, anche secondo la normativa dell'Unione Europea)<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Gli Stati Uniti, ad esempio, hanno sottoscritto diversi *Memorandum* dotati di forza vincolante; basti pensare al *Korea-US Memorandum of Understanding on Communications Security Equipment* (1993) o al *Brazil-US Memorandum of Understanding on Narcotics control* (1996).

<sup>7</sup> Secondo la dottrina, il MoU costituisce uno strumento «concluded between States» (l'utilizzo dell'avverbio *between* in luogo di *among* evidenzia la bilateralità dello strumento internazionale in oggetto, n.d.r.) «which they do not intended to be governed by international law (or any other law) and, consequently, is not legally binding» (così A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, II ed., Cambridge, 2007, 32; per ulteriori approfondimenti sul punto v. anche C. Ahlström, *The Status of Multilateral Export Control Regimes – An Examination of Legal and Non-Legal Agreements in International Cooperation*, Uppsala, 1999, 49-51 e 102-298; nonché H. Hillenberg, *A Fresh Look at Soft Law*, in *European Journal of International Law*, 1999, 499 ss.).

<sup>8</sup> *Memorandum of Understanding Between the Government of the Italian Republic and the Government of the People's Republic of China On Cooperation Within the Framework of the Silk Road Economic Belt and the 21st Century Maritime Silk Road Initiative* (testo completo pubblicato sul sito [www.corriere.it](http://www.corriere.it)).

<sup>9</sup> Il documento originale recita «This Memorandum of Understanding does not constitute an international agreement which may lead to rights and obligations under international law. No provision of this Memorandum is to be understood and performed as a legal or financial obligation or commitment of the Parties. This Memorandum of Understanding will be

Il ricorso a questo tipo di fonte, che potremmo far rientrare nella *soft law* (seppur con dei distinguo)<sup>10</sup>, è preferita, nel mondo diplomatico, quando gli Stati non vogliono assoggettarsi a specifici obblighi e ai relativi strumenti coattivi in caso di inadempimento. Come noto, infatti, quando gli Stati sottoscrivono un accordo, strumento di *hard law*, sono tenuti a porre in essere quanto in esso pattuito, compresa la tempistica ivi prevista, pena la commissione di un illecito internazionale e le conseguenze ad esso ascrivibili. La *soft law*, invece, strumento di diritto internazionale diffusosi in particolare nel corso degli ultimi lustri, non prevede la obbligatorietà dei principi o delle raccomandazioni da essa veicolati<sup>11</sup>. Inoltre, il ricorso allo strumento del MoU consente agli Stati di non dover sottostare ad alcun obbligo di trasparenza, in quanto il testo può essere mantenuto riservato<sup>12</sup>; il difetto di formalità per la sua conclusione, poi, costituisce ulteriore caratteristica in grado di garantire maggiore agevolezza nella sua conclusione: il testo, infatti, acquista efficacia attraverso la firma delle parti e non richiede ulteriori procedure. Potrebbe senz'altro obiettarsi come nei trattati in forma semplificata la procedura di conclusione sia assai snella, in quanto l'accordo entra in vigore con la firma (venendo meno il successivo passaggio delle ratifiche); pur tuttavia, va segnalato come le fasi che precedono la firma possano essere molto complesse e di lunga durata, al contrario di quanto avviene di solito nella stesura di un *memorandum*. Inoltre, il MoU presenta l'ulteriore vantaggio di poter essere emendato in maniera assai più semplice rispetto al trattato, che invece richiede sempre e comunque l'espletamento di una serie di formalità.

---

interpreted in accordance with the legislations of the Parties and as well as with applicable international law and, as for the Italian Party, with the obligations arising from its membership of the European Union».

<sup>10</sup> Il riferimento alla *soft law* è qui da intendersi in senso lato e non tecnico: il dibattito circa l'appartenenza dello strumento diplomatico del *memorandum* d'intesa alla *soft law* è ancora aperto. Ciò perché, pur non essendo il MoU un accordo vincolante e, dunque, non suscettibile di applicazione coattiva, esso, secondo alcuni autori, si distinguerebbe dalla *soft law* per essere un documento bilaterale (mentre, di solito, la *soft law* è espressione di strumenti multilaterali) e strettamente connesso all'individuazione di obiettivi comuni attinenti a specifici settori (invece, la *soft law* è utilizzata per esprimere cosiddette *universal law*; si pensi, ad esempio, alle norme sulla trasparenza applicate ai fondi sovrani, alla *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo* o alle risoluzioni, raccomandazioni e decisioni delle organizzazioni internazionali). Tra i sostenitori del MoU quale strumento di *soft law* in senso tecnico v. D. L. Shelton, *Soft Law*, in D. Armstrong (ed.), *Routledge Handbook of International Law*, I ed., 2008 (Abingdon: Routledge, 22 dic 2008), accessed 18 mar 2019, Routledge Handbooks Online; *contra* A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, cit., 52-53.

<sup>11</sup> Per approfondimenti sul punto v. M. Fitzmaurice, O. Elias, *Contemporary issues in the Law of Treaties*, Netherlands, 2005, 26 ss.; nonché E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008. Il tema della *soft law* è stato inoltre affrontato da molteplici punti di vista, afferenti alle diverse branche del diritto internazionale come, solo per citarne alcune, i diritti umani (per cui v. L. M. Castro Novoa, *Fragmentación, soft law y sistema de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, 2014), il diritto dell'ambiente (v. A. K. Friedrich, *International Environmental "soft law"*, London, 2012), gli investimenti (v. A. K. Bjorklund, A. Renisch, *International Investment Law and Soft Law*, Cheltenham, 2012) e gli arbitrati internazionali (L. W. Newman, *Soft Law in International Arbitration*, New York, 2014).

<sup>12</sup> A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, cit., 43-45; v. anche la recensione di P. Picone relativa al lavoro di C. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System. Rule Making in the 21st Century*, Cambridge, New York, 2012, in *Rivista di diritto internazionale* 2012, 663 ss.

Altra caratteristica tipica dei *memorandum* privi di vincolatività è l'utilizzo di una terminologia differente rispetto a quella presente nei trattati. Come evidente nel MoU in analisi, infatti, il verbo *shall* è sostituito dal verbo *will* che nel gergo diplomatico assume dei contorni non coercitivi; così come non vengono mai utilizzati i verbi *agree*, *undertake*, o i termini *rights*, *obligations* e la locuzione *enter into force*.

Non deve neanche trarre in inganno la presenza di una clausola relativa alla risoluzione delle controversie (paragrafo V)<sup>13</sup>; esse sono di solito presenti nella prassi dei *memorandum*, ma non individuano di fatto né terze parti né tribunali cui deferire i problemi connessi alla loro interpretazione (d'altronde, non essendo previsto alcun obbligo tra le parti, non potrebbe tra esse sorgere alcun tipo di disaccordo se non in merito all'interpretazione del documento). Nei MoU, infatti, si fa riferimento ad una soluzione amichevole del problema, per lo più lasciata ai negoziati e agli altri mezzi diplomatici di soluzione delle controversie (alle consultazioni dirette tra le parti nel caso di specie).

### 3. Obiettivi del MoU Italia-Cina e interferenze col riparto di competenze tra Stati membri e Unione europea

Venendo ora all'analisi contenutistica del documento in oggetto, vale la pena soffermarsi su alcuni temi specifici del preambolo<sup>14</sup>, con particolare riferimento, *in primis*, alla volontà delle parti di promuovere una collaborazione pratica bilaterale («based on the aspiration of furthering bilateral practical cooperation») e, *in secundis*, ai richiami, da un lato, ai principi relativi allo sviluppo sostenibile<sup>15</sup> e agli accordi sul clima; dall'altro, agli impegni europei rispetto alla collaborazione con la Cina («Reiterating their commitment to honor the purposes and principles of the UN Charter and to promote inclusive growth and sustainable development, in line with the 2030 Agenda for sustainable development and the Paris Accord on climate change; Recalling also the objectives set by the EU-China 2020 Strategic Agenda for Cooperation and the principles driving the EU Strategy for Connecting Europe and Asia adopted in October 2018»).

<sup>13</sup> «The Parties will settle amicably differences in the interpretation of this Memorandum of Understanding through direct consultations».

<sup>14</sup> Il preambolo, di solito, costituisce una enunciazione di considerando (*set of recitals*) volta ad elencare i motivi posti a base della volontà delle parti di addivenire all'intesa. Il preambolo, inoltre, è uno strumento di interpretazione del trattato ai sensi dell'art. 31, par. 2 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), avente valenza teleologica, cioè atta ad individuare gli obiettivi fissati dalle parti. Tuttavia, il preambolo non contiene obblighi vincolanti, di soliti espressi nel corpo del trattato (per approfondimenti sul ruolo dei preamboli nel diritto internazionale dei trattati v. E. Suy, *Le Préambule*, in E. Yakpo, T. Boumedra (ed.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague, 1999, 253-269; R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford, 2008, 186-187).

<sup>15</sup> In linea di generale approssimazione, lo sviluppo sostenibile intende rispondere alle esigenze delle generazioni attuali senza compromettere la capacità di quelle future di soddisfare i propri bisogni. Esso prevede un approccio globale che tenga conto degli aspetti economici, sociali e ambientali in modo che le varie componenti si rafforzino reciprocamente (v. il documento *Approccio dell'UE allo sviluppo sostenibile*, disponibile sul sito ec.europa.eu).

Con riferimento a quest'ultimo punto, il paragrafo I del *memorandum* ribadisce che gli obiettivi e le finalità del MoU sono ispirati al rispetto della Carta delle Nazioni Unite; pertanto, la collaborazione tra Italia e Cina, tesa a favorire la prosperità di entrambi i Paesi, sarà basata sulla fiducia reciproca, sullo spirito di collaborazione, sul rispetto delle leggi e delle normative nazionali, dei rispettivi obblighi internazionali, nonché di quelli derivanti dalla partecipazione ai preesistenti progetti bilaterali e multilaterali.

Quanto, invece, alla bilateralità della cooperazione, diversi dubbi, pur tenendo conto della non vincolatività del documento, solleva la posizione dell'Italia in quanto Stato membro dell'Unione europea.

Come noto, infatti, il sistema giuridico dell'Unione creato dai Trattati si basa sull'attribuzione alle istituzioni della competenza ad agire in una serie di materie (e solo in quelle). Ai sensi dell'art. 5 par. 2 del TUE, che esplicita il c.d. principio di attribuzione, l'Unione non dispone di una competenza generale ad agire, ma solo nei limiti delle competenze esplicitamente attribuitele dagli Stati; pertanto, ogni competenza che non risulti assegnata alle istituzioni<sup>16</sup> sulla base dei Trattati, resta nelle mani dei Paesi membri. In pratica, l'Unione europea non dispone di poteri "originari" (alla stregua di uno Stato sovrano per il fatto di essere indipendente ed esercitare un potere esclusivo su una determinata comunità territoriale), ma di poteri "derivati", cioè, liberamente (o, meglio, volontariamente) attribuitele dai suoi Paesi membri.

Il TFUE, poi, agli artt. 3-6 fornisce un'elencazione completa dei diversi settori rispetto ai quali sono attribuite competenze all'UE, ripartendoli sulla base del rapporto esistente tra tali competenze e quelle degli Stati membri. In generale, si distinguono competenze esclusive (in cui, molto brevemente, solo l'Unione può adottare atti obbligatori), competenze concorrenti (in cui il potere di adottare atti giuridicamente vincolanti appartiene sia alle istituzioni che agli Stati membri, sebbene questi ultimi siano abilitati ad esercitare la propria competenza solo fintanto che l'UE non abbia esercitato i suoi poteri) e competenze di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri (consistenti in un'attività di assistenza all'azione dei Paesi membri, che non impedisce l'esercizio delle competenze statali e che non può avere quale risultato l'armonizzazione delle normative degli Stati membri)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Nell'art. 5, par. 2 del TUE, il principio di attribuzione è riferito all'Unione "unitariamente intesa", mentre il successivo art. 13, par. 2 del TUE ne fa applicazione alle istituzioni europee. Inoltre, il principio in parola è ribadito anche nelle disposizioni di cui agli artt. 3, par. 6, art. 4, par. 1 TUE e art. 7 TFUE, a dimostrazione di quanto gli Stati membri tengano alla sua osservanza (v. U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, cit., 67).

<sup>17</sup> Più nello specifico, l'art. 3 TFUE elenca le materie di competenza esclusiva (unione doganale, definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, politica monetaria per gli Stati aderenti all'euro, conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca e politica commerciale comune); nell'art. 4 par. 2 TFUE vi sono le materie in cui la competenza dell'Unione è concorrente con quella degli Stati membri (mercato interno, politica sociale, coesione economica, sociale e territoriale agricoltura e pesca, ambiente, protezione dei consumatori, trasporti, energia, spazio di libertà sicurezza e giustizia, energia, sicurezza in materia di sanità pubblica); l'art. 4 par. 3 e 4 e gli artt. 5 e 6 TFUE, invece, definiscono le materie in cui l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli

Come è stato di recente osservato, nonostante la presenza dell’elencazione di cui agli artt. 3-6 del TFUE, risulta a volte difficile la verifica rispetto all’esercizio in concreto delle competenze da parte dell’Unione: quelle che gli Stati conservano, di sovente, «sono soggette ad erosione e ad essere attratte nella sfera di applicazione del diritto dell’Unione, sia perché strumentali o complementari alla corretta efficacia di quest’ultimo; sia perché interferiscono e, eventualmente, impediscono l’effetto utile di conseguimento degli scopi di un atto dell’Unione; sia perché, qualora il loro esercizio si traduca in una misura vietata dai Trattati, comunque questa non potrà trovare applicazione, in osservanza del primato della normativa dell’Unione»<sup>18</sup>.

Ora, vi sono tutta una serie di materie in cui l’UE ha esercitato la sua competenza e che ritroviamo nell’elenco di aree di cooperazione bilaterale tra Cina e Italia<sup>19</sup>. Resta, tuttavia, da valutare se e in che termini l’Unione, a sua volta, sia intervenuta nelle materie oggetto di intesa.

Il paragrafo II.2. del MoU fa riferimento a “trasporti, logistica e infrastrutture; il paragrafo II.3. è rubricato “rimozione degli ostacoli al commercio e agli investimenti”; il paragrafo II.4. è relativo alla “collaborazione finanziaria”; mentre il II.5. alla “connettività tra persone” e il II.6. alla “cooperazione allo sviluppo nel rispetto dell’ambiente”. Per ognuna di dette materie si procederà all’analisi degli obiettivi enunciati nei singoli paragrafi del *memorandum*, presentando un esame contestuale delle competenze sviluppate dall’UE in ciascuna area. Per motivi sistematici, si prenderanno in considerazione prima quei settori nei quali l’Italia mantiene margini discrezionali più ampi, per poi procedere all’analisi delle sezioni comportanti maggiori rischi di interferenza e conflitto con l’ordinamento unionale, alla luce dei principi che regolano il sovramenzionato riparto di competenze tra Unione e Stati membri, con particolare riferimento a quello di leale collaborazione, di cui all’art. 4 (3) TUE<sup>20</sup>.

### 3.1. Collaborazione finanziaria

La collaborazione finanziaria, di cui al par. II.4 del MoU, non presenta alcun tipo di ostacolo al rispetto, da parte dell’Italia, degli impegni assunti in sede europea

---

Stati membri (come, ad esempio, sviluppo tecnologico, gioventù e sport, turismo, cultura, protezione civile e cooperazione amministrativa). Per ulteriori approfondimenti v., *ex multis*, A. Tizzano, R. Adam, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2017, 428 ss.

<sup>18</sup> Così *ibidem*, III; v. anche M.E. Bartoloni, *Ambito di applicazione del diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, 193.

<sup>19</sup> Per approfondimenti sul riparto di competenze tra UE e Stati membri v. l’editoriale a cura di P. De Pasquale, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall’appartenenza all’Unione europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2019/2.

<sup>20</sup> In base all’art. 4 (3) TUE, «In virtù del principio di leale cooperazione, l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione. Gli Stati membri facilitano all’Unione l’adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell’Unione» (per approfondimenti dottrinari e con riguardo alla giurisprudenza sul punto si rimanda a U. Villani, *Istituzioni di diritto dell’Unione Europea*, Bari, 2017, 103 ss.).

per due ordini di ragioni. La prima risiede nel fatto che la potestà tributaria rientra nelle competenze degli Stati membri, mentre l'UE dispone solo di competenze limitate<sup>21</sup>; la seconda attiene al senso estremamente vago, anche in questo caso, delle proposizioni espresse nel documento, nel quale le parti si impegnano a rafforzare le comunicazioni, il coordinamento sulle politiche di riforma fiscale, anche tramite l'avvio di un "dialogo finanziario" Italia-Cina, tra il ministro dell'economia e della finanza della Repubblica italiana e il ministro delle finanze della Repubblica popolare cinese.

Va però ricordato come l'esercizio delle competenze proprie degli Stati membri resti comunque vincolato al rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione; anche la CGUE ha avuto modo di sottolinearlo, ritenendo l'esercizio esclusivo delle competenze statali sottoposto al rispetto delle norme convenzionali fondamentali<sup>22</sup>.

Controversa, peraltro, appare la possibilità di instaurazione di "partenariati" tra le rispettive istituzioni finanziarie (anche qui la vaghezza del riferimento impedisce di addivenire ad affermazioni compiute) per sostenere congiuntamente la cooperazione in materia di investimenti e finanziamenti, a livello bilaterale e multilaterale e verso Paesi terzi, nell'ambito dell'iniziativa della Via della Seta, così come espresso nell'ultimo capoverso del par. II.4 del *memorandum*.

### 3.2. Connettività tra persone

Stesso discorso, *mutatis mutandis*, vale per gli obiettivi stabiliti al par. II.5., rubricato "connettività tra persone". In esso le controparti si impegnano a favorire ed espandere gli scambi interpersonali, a sviluppare la rete di gemellaggio tra le città, e a sfruttare appieno la piattaforma dei meccanismi di cooperazione culturale tra l'Italia e la Cina per portare a termine il gemellaggio tra i siti UNESCO dei rispettivi Paesi, allo scopo di promuovere la collaborazione su istruzione, cultura, scienze, innovazione, salute, turismo e benessere pubblico tra le rispettive amministrazioni.

Ora, ai sensi dell'art. 6 TFUE, le materie relative a turismo, cultura, istruzione, gioventù e cooperazione amministrativa rientrano nelle cosiddette competenze di sostegno; ciò significa che, pur trattandosi di settori strategici, l'Unione può solamente sostenere, coordinare o completare l'azione dei Paesi dell'UE. Gli atti dell'Unione giuridicamente vincolanti non devono richiedere l'armonizzazione delle leggi o dei regolamenti degli Stati membri. Non può

---

<sup>21</sup> Una copiosa giurisprudenza, soprattutto diretta a chiarire le disposizioni dei Trattati, ha ritenuto competenza propria degli Stati membri la fiscalità diretta; ad esempio, la CGUE ha precisato che le imposte dirette, come l'imposta sui redditi delle società, rientrano nell'ambito delle competenze proprie degli Stati membri (Corte giust., sent. 18-01-2001, c-113/99, *Herta Schmid*, punto 24; nonché sent. 26-09-1996, c-287/94, *Frederiksen*, punti 17 e 21). Per la dottrina v. P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, 47 ss., nonché la pagina dedicata alla politica fiscale generale sul sito [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>22</sup> V. P. De Pasquale, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, cit., IV; per la giurisprudenza, invece, cfr. CGUE, Sentenze 15-05-2003, c-300/01, *Doris Salzmann*, punto 39; sent. 01-06-1999, c-302/97, *Konle*, punto 38; sent. 06-11-1984, 182/83, *Fearon*, punto 7).



tuttavia sottacersi come gli Stati membri debbano comunque astenersi dall'adottare misure suscettibili di ostacolare o di compromettere la realizzazione degli obiettivi dei Trattati, anche nell'esercizio di competenze riservate. Difatti, tale divieto rappresenta una generale clausola di salvaguardia degli obiettivi del Trattato, in quanto l'impossibilità di prevedere e prevenire ogni misura nazionale che possa ledere gli interessi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione potrebbe mettere in pericolo la coerenza stessa del sistema<sup>23</sup>.

### 3.3. Cooperazione allo sviluppo nel rispetto dell'ambiente

L'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, adottata dai leader mondiali nel 2015, istituisce il nuovo quadro di sviluppo sostenibile e fissa diciassette obiettivi ad esso relativi (i cosiddetti OSS). Questi puntano al raggiungimento di un equilibrio tra esigenze economiche, necessità sociali e difesa dell'ambiente<sup>24</sup>. A livello unionale, il settore dell'ambiente costituisce materia di competenza condivisa (art. 4 TFUE). A questo proposito, il Trattato di Amsterdam è stato il primo a prevedere l'integrazione della protezione ambientale nelle politiche e attività dell'UE, con l'obiettivo di promuovere lo sviluppo sostenibile, finalità oggi cristallizzata nell'art. 11 (a mente del quale «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile»), nonché 191-193 TFUE<sup>25</sup>. Va tuttavia rilevato come l'ultimo comma dell'art. 191 stabilisca che, nell'ambito delle rispettive competenze, l'Unione e gli Stati membri collaborano con i Paesi terzi e dette forme di cooperazione possono essere oggetto di accordi tra UE ed i terzi interessati, sebbene tale disposizione non possa pregiudicare «la competenza degli Stati membri a negoziare nelle sedi internazionali e a concludere accordi internazionali». A ciò, poi, si unisce il contenuto dell'art. 193, che lascia agli Stati la possibilità di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore dell'ambiente, purché essi siano compatibili con i trattati.

Anche in questo caso, non è possibile ravvisare evidenti tentativi di elusione delle norme dell'Unione, in considerazione sia della possibilità per gli Stati, appena enunciata, di prendere provvedimenti in grado di rafforzare gli obiettivi connessi

---

<sup>23</sup> Cfr. C. Iannone, *Commento art. 4, par. 3, TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, 28.

<sup>24</sup> V. il documento dal titolo *About the Sustainable Development Goals* disponibile sul sito [un.org](http://un.org); nonché quello dal titolo *Le 10 priorità della Commissione per il 2015-2019*, disponibile sul sito [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu).

<sup>25</sup> Più nello specifico, L'Unione europea dispone delle competenze per intervenire in tutti gli ambiti della politica ambientale, come ad esempio l'inquinamento dell'aria e dell'acqua, la gestione dei rifiuti e i cambiamenti climatici. Il suo campo d'azione è limitato dal principio di sussidiarietà (nel settore delle sue competenze non esclusive, l'UE può agire solo se, e nella misura in cui, l'obiettivo di un'azione proposta non può essere raggiunto in maniera soddisfacente da parte dei paesi dell'UE, ma potrebbe essere realizzato in modo migliore a livello unionale) e dal requisito dell'unanimità in seno al Consiglio per quanto riguarda le questioni di natura fiscale, la pianificazione del territorio, la destinazione dei suoli, la gestione quantitativa delle risorse idriche, la scelta delle fonti di energia e la struttura dell'approvvigionamento energetico.

alla tutela dell'ambiente, sia dell'espreso richiamo delle Parti agli impegni assunti dall'UE nella promozione delle direttive fissate nell'Agenda 2030, il che non impedirebbe all'Italia di soddisfare detto obiettivo partecipando alle iniziative in tal senso attivate in seno all'organizzazione stessa<sup>26</sup>.

#### 3.4. Trasporti, logistica e infrastrutture

Quella nel settore dei trasporti costituirebbe, a norma dell'art. 4 del TFUE, una competenza concorrente<sup>27</sup> tra Stati membri e Unione europea. L'art. 207 (5) TFUE dispone, poi, che «la negoziazione e la conclusione degli accordi internazionali nel settore dei trasporti sono soggette al titolo VI della parte terza e all'art. 218». Pertanto, mentre la procedura di legislazione ordinaria seguita dal Parlamento e dal Consiglio è volta a stabilire norme relative alla gestione interna all'Unione<sup>28</sup> del settore dei trasporti, con riguardo alla competenza a sottoscrivere accordi con gli Stati terzi, la lettera della norma richiederebbe l'applicazione della cosiddetta procedura mista (cioè, quella che nelle materie di competenza non esclusiva dell'Unione richiede l'intervento degli Stati membri, i quali – affinché l'accordo possa entrare in vigore – debbono ratificarlo secondo le rispettive procedure interne). Tuttavia, con il parere 2/15<sup>29</sup>, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha riconosciuto l'esclusività sopravvenuta della competenza esterna dell'UE nell'ambito della politica dei trasporti, sulla base della giurisprudenza *AETS*<sup>30</sup>, così come codificata dall'art. 3(2) TFUE<sup>31</sup> (punti 168-224 del parere). *Rebus sic stantibus*, l'Italia avrebbe così perso qualsiasi tipo di competenza nella

<sup>26</sup> «**6. Green Development Cooperation.** Both Parties are fully supportive of the objective to develop connectivity following a sustainable, environmentally friendly approach, actively promoting the global process towards green, low carbon and circular development. In this spirit, the Parties will cooperate in the field of ecological and environmental protection, climate change and other areas of mutual interest. The Parties will share ideas about green development and actively promote the implementation of the 2030 Agenda for Sustainable Development and the Paris Agreement on Climate Change».

<sup>27</sup> L'Unione e i Paesi membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati esercitano la propria competenza laddove l'Unione non la eserciti o abbia deciso di non esercitarla.

<sup>28</sup> Più in particolare, l'UE stabilisce norme comuni applicabili ai trasporti internazionali in partenza dal territorio di uno Stato membro o a destinazione di questo, o in transito sul territorio di uno o più Stati membri; le condizioni per l'ammissione di vettori non residenti ai trasporti nazionali in uno Stato membro; le misure atte a migliorare la sicurezza dei trasporti; ogni altra utile disposizione (art. 91 TFUE).

<sup>29</sup> Molteplici sono i contributi della dottrina volti ad analizzare questo storico parere della CGUE. Ci si limiterà qui a segnalarne alcuni, come D. Kleimann, *Reading Opinion 2/15: Standards of Analysis, the Court's Discretion, and the Legal View of the Advocate General*, in *EUI Working Paper RSCAS*, n. 23/2017; G. Gruni, *Towards a Sustainable World Trade Law? The Commercial Policy of the European Union after Opinion 2/15 CJEU*, in *Global Trade Custom and Journal*, n. 3/2018, pp. 4 ss. Infine, ci sia consentito il rimando al nostro contributo sul tema dal titolo *Sulla competenza dell'Unione europea a stipulare accordi di libero scambio: il caso dell'EUSFTA*, in questa stessa *Rivista*, 2017, n. 3, 685 ss.

<sup>30</sup> V. Sentenza del 31 marzo 1979, causa 22/70.

<sup>31</sup> A norma del quale «l'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata».

conclusione di accordi con gli Stati terzi sui trasporti in grado di incidere sulle norme comuni relative al commercio e agli investimenti diretti esteri (IDE)<sup>32</sup>.

Nel *memorandum*, Cina e Italia si limitano ad evidenziare una visione comune rispetto alla necessità di miglioramento del settore, sebbene non sia dato comprendere come il nostro Paese potrebbe collaborare con la controparte asiatica allo sviluppo della connettività delle infrastrutture italiane, coinvolgente necessariamente la materia degli investimenti, della logistica e della interoperatività nelle aree di interesse reciproco (come strade, ferrovie, ponti, aviazione civile, porti, energia – tra cui fonti rinnovabili e gas naturale – telecomunicazioni e appalti), senza venir meno, almeno in potenza, agli obblighi assunti in sede unionale<sup>33</sup>.

### 3.5. Commercio e investimenti

L'estrema vaghezza degli intenti proposti dalle Parti al punto II.3. del *memorandum*, relativo al commercio e agli investimenti, non consente di ravvisare tentativi evidenti di elusione degli obblighi derivanti per l'Italia dal TFUE, essendo espresso solo un richiamo all'obiettivo di contrastare gli eccessivi squilibri macroeconomici, e opporsi all'unilateralismo e al protezionismo.

Inoltre, nessuna incongruenza si ravvisa con riguardo ai diritti connessi alla proprietà intellettuale, essendo espressa una mera volontà delle parti di rispettare le norme già esistenti a riguardo («respect for intellectual property rights»).

La competenza in materia di commercio e investimenti, di carattere esclusivo, è sancita dall'art. 207 TFUE, insieme all'impegno alla graduale soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali e agli investimenti *ex art.* 206 TFUE. Restano invece esclusi, così come definitivamente sancito nel già citato parere 2/15 della CGUE (punti 83, 225 e 238), gli investimenti di portafoglio<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Gli IDE rispondono ad una logica industriale, nel senso che essi sono volti a far sì che l'investitore sia in grado di sviluppare una influenza significativa sull'oggetto dell'investimento. Gli IDE, infatti, sono investimenti effettuati da persone fisiche o giuridiche aventi lo scopo di creare o di mantenere legami durevoli e diretti fra l'investitore di fondi e l'impresa cui tali fondi sono destinati ai fini dell'esercizio dell'attività economica (v. C. Imbriani, R. Pittiglio, F. Reganati, *Economia internazionale di base ed investimenti esteri. Teorie e politiche*, Torino, 2014, 229 ss.).

<sup>33</sup> V. il par. 2.2 del MoU, in cui si legge «Both Parties share a common vision about the improvement of accessible, safe, inclusive and sustainable transport. The Parties will cooperate in the development of infrastructure connectivity, including financing, interoperability and logistics, in areas of mutual interest (such as roads, railways, bridges, civil aviation, ports, energy –including renewables and natural gas- and telecommunications). The Parties express their interest in developing synergies between the Belt and Road Initiative, the Italian system of transport and infrastructure, such as -inter alia- roads, railways, bridges, civil aviation and ports and the EU Trans-European Transport Network (TEN-T). The Parties welcome the discussions in the framework of the EU-China Connectivity Platform to improve the efficiency of the connectivity between Europe and China. The Parties will cooperate in facilitating customs clearance, strengthening co-operation in sustainable, safe and digital transport solutions as well as in their investments and financing. The Parties highlight the importance of open, transparent, and non-discriminatory procurement procedures».

<sup>34</sup> Sono tali gli investimenti volti a rispondere ad una esigenza più strettamente finanziario-speculativa, in quanto implicanti l'acquisizione di quote azionarie sul mercato al fine di una

che, comunque, costituendo una materia di competenza condivisa con gli Stati, rende del tutto improbabile per l'Italia la possibilità di negoziare ulteriori accordi in tal senso senza l'intervento dell'Unione<sup>35</sup>.

#### 4. Modalità e meccanismi di cooperazione

Ebbene, quando negozia e conclude con uno Stato terzo un accordo riguardante un settore per il quale ha acquisito una competenza esclusiva, l'Unione si sostituisce agli Stati membri<sup>36</sup>, potendo così succedere negli impegni internazionali da essi precedentemente contratti con riferimento agli investimenti diretti esteri; si è però, avuto modo di osservare<sup>37</sup>, a tal proposito, come l'art. 351 del TFUE consenta agli Stati membri di mantenere fede agli obblighi precedentemente contratti in ambito internazionale pur in presenza di nuovi accordi siglati dall'UE<sup>38</sup>.

A maggior ragione gli Stati membri resteranno vincolati ai trattati stipulati nelle materie di esclusiva competenza dell'Unione fintanto che quest'ultima non avrà provveduto a sottoscriverne di nuovi in nome e per conto dei suoi Membri. A questo proposito, non va sottaciuto come, lo scorso 19 marzo 2019, il PE e il Consiglio abbiano approvato il *Regolamento che istituisce un quadro per controllo degli investimenti diretti esteri nell'Unione* (Reg. UE 2019/452), con la precisazione che il quadro istituito da detto regolamento si riferisce agli investimenti esteri diretti nell'Unione, mentre gli investimenti all'estero e l'accesso ai mercati dei Paesi terzi sono disciplinati da altri strumenti di politica commerciale e di investimento. A tal uopo, va altresì rammentato come i negoziati per la conclusione di un accordo sugli investimenti tra Cina e Unione europea, pur avviati nel 2013, non siano ancora conclusi. È allora evidente come, al momento, gli Stati membri siano ancora vincolati, dal punto di vista degli investimenti, agli impegni assunti sulla base dei singoli *Bilateral Investment Treaties* (BITs)<sup>39</sup> in vigore con Pechino.

---

loro ricollocazione con relativa speculazione sul *surplus* derivante dalla vendita delle azioni ad un prezzo maggiorato rispetto a quello d'acquisto.

<sup>35</sup> Per approfondimenti sul riparto di competenze tra Unione e Stati membri con particolare riguardo al tema degli investimenti ci sia concesso il rimando al nostro contributo dal titolo *Sulla competenza dell'Unione europea a stipulare accordi di libero scambio*, cit., § 4.

<sup>36</sup> V. punto 248 del parere 2/15 della CGUE; tale disposizione, peraltro, era già prevista all'interno del Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo, che stabilisce *Disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti*, il quale – pur autorizzando gli Stati membri, a condizioni rigorose, a mantenere in vigore o persino a concludere accordi bilaterali in materia di IDE con uno Stato terzo – stabilisce che, una volta approvato un accordo tra l'UE e uno Stato terzo, tale autorizzazione viene meno.

<sup>37</sup> V. M.R. Calamita, *Sulla competenza dell'Unione europea a stipulare accordi di libero scambio*, cit., 688.

<sup>38</sup> In generale, sulla procedura di conclusione degli accordi dell'UE v. E. Baroncini, *L'Unione europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, 5 ss.; invece, sui problemi connessi a detta procedura cfr. S. Salluzzo, *Accordi internazionali degli Stati membri dell'Unione europea con gli Stati terzi*, Torino, 2018.

<sup>39</sup> Non è purtroppo possibile approfondire in questa sede il tema dei trattati bilaterali di investimento così come meriterebbe, né dar conto di tutta la produzione dottrinale in materia.

E, infatti, il paragrafo IV, rubricato “meccanismo di cooperazione”, rinvia le modalità di attuazione del *memorandum* ai meccanismi bilaterali già esistenti («The Parties will make full use of existing bilateral mechanisms to develop cooperation in the framework of the Belt and Road Initiative»); tra questi, e per quanto qui rileva, vi è l’Accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica Popolare Cinese relativo alla promozione ed alla reciproca protezione degli investimenti (BIT Italia-Cina), siglato a Roma il 28 gennaio 1985 e in vigore dal 1987<sup>40</sup>.

Tra l’altro, il paragrafo III elenca, tra le modalità di cooperazione tra i due Paesi, lo scambio di visite e dibattiti, lo sviluppo di programmi “pilota”, l’esplorazione di modelli di cooperazione: tutte affermazioni estremamente generali nella loro vaghezza e che non consentono una valutazione sul possibile impatto delle stesse nel sistema dei rapporti internazionali, se non da un mero punto di vista politico.

Inoltre, nella definizione di investimento contenuta nel summenzionato BIT Italia-Cina, all’art. 2, le parti hanno stabilito che è tale «ogni tipo di impiego patrimoniale consentito in conformità con le relative leggi e regolamenti di ciascuna parte contraente», fornendo poi un elenco a titolo esemplificativo ma non esaustivo, evidenziando così il carattere estremamente ampio della descrizione di investimento concordato, in grado, pertanto, di inglobare tutte quelle attività che le Parti vorranno riconoscere come tale. Ciò lascia un ampio margine di discrezionalità e consente, nel contempo, all’Italia di operare nel rispetto delle norme internazionali senza incorrere, in questo settore, nelle sanzioni dell’Unione.

Con riguardo, invece, alla definizione di investitore, ai sensi del medesimo articolo, vi rientrano «ogni residente o società di ciascuna delle parti contraenti che effettua investimenti nel territorio dell’altra parte contraente», laddove il termine “residente” indica ogni persona fisica che, in conformità con le rispettive leggi di ciascuna parte contraente, è considerata cittadina di tale Paese; mentre con il termine “società” si indica ogni persona giuridica (*legal entity*), senza ulteriori

---

Ci sia consentito comunque un rinvio ad alcuni contributi degni di nota come R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995; G. Sacerdoti, *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection*, in Academie De Droit International De La Haye (ed.), *Enforcing international law through non-forcible measures*, Lille, 1997; M.R. Mauro, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti*, Torino, 2003; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford, 2010; C. Brown (ed.), *Commentaries on selected model Investment Treaties*, Oxford, 2013; v. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, IV ed., Cambridge, 2017; S. Mutsau, *Revisiting Bilateral Investment Treaties in the 21st Century*, Hamburg, 2017.

<sup>40</sup> Attualmente tra Italia e Cina, oltre al summenzionato BIT, è in vigore anche un altro accordo, siglato nel 1990, volto ad evitare le doppie imposizioni e a prevenire le evasioni fiscali in materia di imposte sul reddito, accompagnato da un protocollo addizionale e da tutta una serie di intese e protocolli, dunque strumenti diversi da quelli di *hard law*, sottoscritti tra il 2016 e il 2017 relativi alle materie dell’agricoltura, dell’ambiente e della salute (*Memorandum* d’intesa sulla cooperazione tra MISE e SAIC; Programma di attuazione del piano d’azione per la collaborazione sanitaria tra il Ministero della salute e la NHPFC; *Memorandum* d’intesa per la collaborazione in campo agricolo tra MIPAAF e Ministero dell’agricoltura cinese; Protocollo d’intesa tra i ministeri dell’ambiente italiano e cinese; *Morandum* d’intesa sulla collaborazione nel campo della sicurezza alimentare tra ministero della salute e *Sichuan Food and Drug Administration*).

specifiche rispetto alla natura della stessa, costituita nel territorio di ciascuna parte contraente in conformità con le sue leggi e regolamenti ed avente la sua sede entro il suo territorio. In pratica, una definizione lascia spazio ad una interpretazione “a maglie larghe”, in grado cioè di comprendere imprese pubbliche oltreché private e finanche i fondi sovrani<sup>41</sup> nella definizione di investitori ai sensi del BIT.

## 5. Conclusioni

A questo proposito, in Italia, il fondo sovrano cinese dedicato agli investimenti per il BRI, il *Roald and Silk Funds*, ha terminato nel 2017 l’acquisizione del 5% delle quote azionarie di Autostrade per l’Italia; mentre il Qingdao Port Group e il Gruppo Cosco (compagnia di Stato a sua volta controllata dalla China Ocean Shipping Group Co., le cui quote azionarie – tra gli altri – sono detenute, oltre che dal *Roald and Silk Funds* anche dall’altro grande fondo sovrano cinese, il *China Investment Corporation*) stanno completando l’acquisizione del 49,9% del Porto di Vado Ligure<sup>42</sup>. La strategia di Pechino, cioè, sembra essere volta ad aprire ai cinesi la strada per il commercio europeo attraverso lo sviluppo delle vie di comunicazione e delle infrastrutture. Ciò avviene attraverso il controllo diretto delle società che le gestiscono o attraverso la concessione di prestiti agli Stati per la loro costruzione o ammodernamento. Nel primo caso, il rischio è quello di lasciare nelle mani del colosso asiatico il controllo di società strategiche (inutile ribadire la fondamentale importanza rivestita dal controllo delle vie di comunicazione per uno Stato sovrano); nel secondo, invece, il problema si pone per quei Paesi economicamente più deboli, incapaci di restituire i prestiti accesi. È proprio ciò che è accaduto allo Sri Lanka, che ha pertanto dovuto cedere dette infrastrutture ai cinesi, al fine di remunerare il capitale non più restituito<sup>43</sup>. Il medesimo rischio riguarda oggi anche altri Paesi, come Pakistan e Malaysia<sup>44</sup>. A

1974

<sup>41</sup> In generale, sulla nozione di investitori nei trattati bilaterali si rimanda a J. W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, II ed., Oxford, 2015, 33 ss.; per approfondimenti sulla possibilità di considerare la definizione di “persona giuridica” presente nei BITs cinesi come comprensiva dei fondi sovrani si rimanda a E. Whitsitt, T. Weiler, *Sovereign Wealth Funds and Bilateral Investment Treaties New Models: Issues, New Trends and State practice*, in F. Bassan (ed.), *Research Handbook on Sovereign Wealth Funds and International Investment Law*, Padstow, 2015, 294 ss. Infine, sul tema dei fondi sovrani ci sia concesso il rinvio al nostro lavoro dal titolo, *Fondi sovrani e diritto internazionale degli investimenti: recenti tendenze*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, n. 3, 583 ss.; e, in precedenza, A. Ligustro, A. Gigante, *Il diritto internazionale degli investimenti di fronte alla sfida dei fondi sovrani*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2010, 1179 ss.

<sup>42</sup> Con riguardo alle acquisizioni cinesi nel resto d’Europa rinvia all’allegato 3 al documento *Research for TRAN Committee: The new*, per il quale cfr. nota 4.

<sup>43</sup> Cfr., tra tanti, M. Abi-Habib, *How China Got Sri Lanka to Cough Up a Port*, articolo del 25 giugno 2018 pubblicato sul sito del *New York Time’s*.

<sup>44</sup> È quella strategia definita da un commentatore come *China’s Debt-Trap Diplomacy*: presentando la BRI come un progetto volto a migliorare le infrastrutture e, dunque, atto a portare benefici anche alla popolazione locale, la Cina concede prestiti a Stati della cui debolezza finanziaria è ben consapevole, al fine di acquisire la titolarità dell’opera stessa, nel momento in cui lo Stato debitore dovesse dimostrarsi inadempiente. V., inoltre, l’omonimo articolo di B. Chellaney, del 23 gennaio 2018, disponibile su [www.project-syndicate.org](http://www.project-syndicate.org). Con riguardo al Pakistan v. M. Ahmar, *Strategic Meaning of the China-Pakistan Economic Corridor*, in *Institute of Strategic Studies Islamabad Journal*, 2015, n. 34, disponibile su [www.iss.org.pk](http://www.iss.org.pk).

ciò si aggiungano i dati relativi alle esportazioni cinesi verso i Paesi aderenti alla BRI, che risultano crescere ad un tasso superiore rispetto alle importazioni<sup>45</sup>.

Ora, in assenza di un accordo unionale con la Cina, in grado di sostituire, come si è detto, i singoli Stati nei rapporti commerciali con quest’ultima, tutto quanto sin qui avvenuto appare, almeno da un punto di vista strettamente giuridico, congruente rispetto agli attuali assetti normativi, al riparto delle competenze e agli impegni assunti dall’Italia verso l’esterno<sup>46</sup>. Ciò che, pertanto, l’Unione dovrebbe fare, per evitare che la Cina continui a negoziare con i Paesi membri a livello bilaterale, è accelerare il processo di conclusione dell’*EU-China Investment Agreement*, tenendo comunque ben a mente che l’acquisizione di quote azionarie al di sotto del 10% costituisce un investimento di portafoglio, materia per ora rientrante nelle competenze condivise e non esclusive dell’UE.

Dal punto di vista politico, invece, i “malumori” delle istituzioni europee e degli USA, in particolare, hanno un loro preciso fondamento. Per quanto riguarda questi ultimi, è evidente come, da un lato, il rafforzamento del ruolo della Cina nei mercati euroasiatici costituisca un importante bilanciamento ai problemi causati dalla “strategia neo-protezionista alla Trump”<sup>47</sup> e di cui, anzi, rischia di vanificare gli intenti. Dall’altro lato, invece, per questa via, la Cina sembra voler colmare il vuoto lasciato dall’USA nel panorama dei rapporti economici internazionali, ergendosi a promotore del multilateralismo.

Con riguardo all’Europa, invece, è noto come i “protagonismi” degli Stati membri non siano mai stati accolti di buon grado dalle istituzioni europee, in considerazione soprattutto degli sforzi collezionati negli anni al fine di presentare l’Unione come attore unico sulla scena internazionale. Quelle delle istituzioni europee, però, sembrano essere delle mere critiche, ci sia consentita l’espressione colorita, “di facciata”. A tal proposito, basti osservare come, al di fuori dei palazzi di Bruxelles, gli interessi dei singoli Stati tornino a prevalere: si pensi rapporti economici molto più intensi con la Cina, rispetto a quelli italiani, di Germania e Francia, mentre il Lussemburgo di Junker ha appena sottoscritto un MoU di ingresso al BRI<sup>48</sup>.

---

nonché T. Zimmerman, *The New Silk Roads: China, the U.S., and the Future of Central Asia*, 2018, disponibile su [www.cic.nyu.edu](http://www.cic.nyu.edu), 9-11.

<sup>45</sup> V. A. Amighini, *Cinque anni di Belt and Road: non solo trade e connettività*, articolo del 19 febbraio 2019, disponibile sul sito [www.ispionline.it](http://www.ispionline.it).

<sup>46</sup> Per completezza va altresì specificato come il Governo italiano, nella mozione di maggioranza all’informativa del Presidente Giuseppe Conte relativa alla sottoscrizione del *Memorandum de qua*, abbia assicurato l’impegno a far sì che gli accordi ad esso collegati «non interessino aspetti economico-commerciali di valenza strategica [...] a garantire che ognuno degli strumenti bilaterali in via di sottoscrizione sia compatibile con il mantenimento delle tradizionali relazioni transatlantiche», evitando che «i nuovi rapporti bilaterali possano ragionevolmente essere interpretati all'estero come un principio di distacco dell'Italia dall'Alleanza Atlantica» (v. l’articolo del 19 marzo 2019 disponibile su [www.rainews.it](http://www.rainews.it)).

<sup>47</sup> Per i rapporti Cina-USA nell’ambito della BRI si rimanda a T. Zimmerman, *The New Silk Roads: China, the U.S., and the Future of Central Asia*, cit., 18-19.

<sup>48</sup> V. *supra*, nota 4.

Non essendo qui possibile approfondire i temi relativi alle ripercussioni economiche<sup>49</sup> e politiche<sup>50</sup> della *Belt and Road Initiative* (argomenti per i quali si rimanda agli specifici studi di settore), e focalizzandoci sul dato di partenza, cioè, l'analisi dei contenuti e della validità giuridica del *memorandum* di intesa Italia-Cina, restano da esaminare brevemente due punti: il primo attinente al valore del *memorandum* dinanzi alle corti, anche domestiche; il secondo, invece, relativo alla clausola di buona fede.

Più nello specifico, la domanda alla quale si vuole tentare di rispondere è se uno strumento *non-legally binding* possa comunque dare luogo a conseguenze di tipo legale. Tale questione potrebbe lasciare perplessi laddove, ad un primo sguardo, si prendessero in considerazione unicamente gli effetti politici e morali, per così dire, del MoU. Infatti, nel caso in cui uno Stato non dovesse mantenere fede agli impegni assunti, l'unica sanzione possibile sarebbe di tipo politico (si parla, infatti, di strumenti *politically binding*) come, ad esempio, la sospensione dei rapporti diplomatici.

Per quanto attiene al primo profilo, è ormai consolidata la prassi per cui i giudici, quando si trovano dinanzi a lacune normative o a difficoltà interpretative, siano abilitati a ricorrere a tutti gli strumenti a loro disposizione che possano aiutarli a risolvere il caso concreto, anche il testo di un *memorandum* (o un trattato non ancora ratificato) sebbene – non vi è neanche bisogno di ricordarlo – in caso di contrasto tra una norma integrata nell'ordinamento e il *memorandum* la prima prevarrebbe sul secondo. Il *memorandum*, così, rientra a pieno titolo tra gli strumenti di ausilio interpretativo dell'organo giudicante, secondo quanto previsto dall'art. 31 parr. 2 e 3 della Convenzione di Vienna del 1969.

Con riferimento al principio di buona fede, nel caso di specie, esso è connesso all'idea che le parti, pur non incorrendo in conseguenze giudiziali in caso di "inadempimento", si impegnino a mantenere fede ai propositi esplicitati. Non solo, ma detto principio potrebbe essere utilizzato anche per individuare la presenza o meno di responsabilità giuridicamente vincolanti allorquando le parti non siano state del tutto intelleggibili nell'esprimere la loro volontà, oppure quando il MoU sia connesso e conseguente ad un trattato vincolante<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> B. Ramasamy, M. Yeung, S. Laforet, *China's Outward Foreign Direct Investment: Location Choice and Firm Ownership*, in *Journal of World Business*, 2012, n. 47, 17ss.; J. Du, Y. Zhang, *Does One Belt One Road Initiative Promote Chinese Overseas Direct Investment?*, in *China Economic Review*, 2017, 1 ss.; J. Zeng, *Does Europe Matter? The Role of Europe in Chinese Narratives of "One Belt One Road" and "New Type of Great Power Relations."*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, n. 55, 1162 ss.; M.N.I. Sarker, M.A. Hossin, *et alii*, *One Belt One Road Initiative of China: Implication for Future of Global Development*, in *Modern Economy*, 2018, n. 9, 623 ss.

<sup>50</sup> S. Djankov, S. Miner, *China's Belt and Road Initiative: Motives, Scope and Challenges*, in *Peterson Institute for International Economics Briefing, PIE Briefing*, 2016, 1 ss.; Y. Huang, *Understanding China's Belt & Road Initiative: Motivation, Framework and Assessment*, in *China Economic Review*, 2016, n. 40, 314 ss. M. Krukowska, *China's One Belt, One Road Strategy and Its Implication for the Global World Order*, in *International Business and Global Economy*, 2016, 157 ss.; J.L. Shapiro, *One Belt, One Road, No Dice*, in *Geopolitics Geopolitical Futures*, 2017, 1 ss., <https://geopoliticalfutures.com>; J.D. Sidaway, C.Y. Woon, *Chinese Narratives on "One Belt, One Road" in Geopolitical and Imperial Contexts*, in *Professional Geographer*, 2017, n. 69, 591 ss.

<sup>51</sup> Un esempio specifico di applicazione del principio di buona fede nell'interpretazione dei MoU si è verificato nel caso *Greece v. Commission*, T-231/04, EU:T:2007:9. La Commissione



Nel caso del MoU Italia-Cina, questo problema non sembra porsi, giacché le parti, come precedentemente evidenziato, hanno chiaramente affermato che il documento «does not constitute an international agreement which may lead to rights and obligations under international law».

*Rebus sic stantibus*, allora, gli impegni internazionali legalmente vincolanti assunti dall'Italia restano quelli precedenti alla sottoscrizione del *Memorandum* con la Cina. Il valore di questo atto appare, infatti, meramente politico e, probabilmente, per Pechino, un modo per spingere l'Unione ad accelerare le trattative verso la sottoscrizione di un accordo in grado di vincolare anche gli altri Stati membri. Per l'Italia, invece, da quanto è possibile evincere dalle dichiarazioni rilasciate dal Presidente del Consiglio agli organi di stampa<sup>52</sup>, esso appare una opportunità per potenziare le esportazioni del *Made in Italy* nel mercato asiatico. Nei fatti, però, *Memorandum* o meno, le imprese statali e i fondi sovrani cinesi sono già da tempo all'opera per acquisire ruoli di potere all'interno di società di controllo delle infrastrutture italiane ed europee<sup>53</sup>, mentre i progressi dei negoziati per l'accordo sugli investimenti tra Cina e Unione sono bloccati proprio sugli importanti temi del trattamento nazionale, del *fair and equitable treatment* e dei movimenti di capitale<sup>54</sup>.

---

europea deferì la Grecia dinanzi alla CFI (*Court of First Instance* dell'Unione europea) per non aver adempiuto agli obblighi imposti da un MoU sottoscritto nell'ambito dell'*Abuja II Project* (un progetto che prevedeva la costruzione ad Abuja, in Nigeria, di ambasciate per le missioni diplomatiche dei Paesi membri sottoscrittori del *memorandum*). A questo primo MoU ne era seguito un secondo, ad esso collegato, ma mai ratificato dalla Grecia. La CFI ritenne quest'ultima comunque vincolata ad adempiere agli obblighi finanziari derivanti dal secondo *memorandum*, in quanto, da un lato, esso era collegato al primo MoU (invece ratificato dalla Grecia); dall'altro, il Governo di Atene, col suo comportamento, aveva ingenerato nelle controparti l'idea di voler continuare a partecipare al progetto. Ciò ha consentito ai giudici, in applicazione del principio di buona fede, di ritenere la Grecia sottoposta ai vincoli finanziari derivanti da un *Memorandum of Understanding*, peraltro mai ratificato (per approfondimenti sul tema v. M. H. Arsanjani, *The European Courts and the Law of Treaties*, in E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, 273 ss.; R.S.J. Martha, *The Financial Obligations in International Law*, Oxford, 2015, 188 ss. Invece, per quanto riguarda il principio di buona fede e il rispetto dei MoU v. A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, cit., 54-55).

<sup>52</sup> V. per tutti l'articolo *Via della Seta, la benedizione di Conte: “Niente rischi, fa nostri interessi”*, del 20 marzo 2019, disponibile su [www.ilmessaggero.it](http://www.ilmessaggero.it).

<sup>53</sup> Rif. Allegato 3 al documento *Research for TRAN Committee: The new*, per il quale cfr. nota 4.

<sup>54</sup> V. il *Report of the 19th round of negotiations for the EU-China Investment Agreement*, del 13 novembre 2018, disponibile su [www.trade.ec.europa.eu](http://www.trade.ec.europa.eu).



# Cross-border continuity of family status and public policy concerns in the European Union

di Francesco Deana

**Abstract:** *Continuità transfrontaliera degli status familiari e questioni di ordine pubblico nell'Unione europea* – Free movement and respect for human rights impact on EU Member States' family law and conflict of law rules, granting EU citizens the right to recognition of a status acquired in (or under the rules of) another legal order. However, status can be prevented from producing effects in the forum if their recognition would be inconsistent with public policy. Having regard to the relevance of the EU citizen's rights in the European integration process, this essay theorizes the need to resize the Member States' sovereignty through a greatly attenuated public policy clause, notably when a minor's status is at stake.

1979

**Keywords:** Right to private and family life; Free movement; Private international law; Human rights; Status recognition.

## 1. Introduction

As Advocate General La Pergola stated in his Opinion in *Dafeki*<sup>1</sup>, necessity to grant continuity of subjective legal positions under EU law, their protection, and therefore the idea itself of integration pursued by the European legal order, impose the «*immutability of [personal] status*» anytime «*it constitutes an element of or prerequisite for a right of the individual*» granted by Community Law.

Status recognition is a matter ruled by private international law (PIL)<sup>2</sup>. A non-recognition of a status acquired abroad means that PIL led the law of the State where recognition is sought prevail over the law of status' establishment. PIL arises from, and expresses, legislative policies and inner values of each legal order, but more and more frequently it gives in when dealing with supranational rules'

---

<sup>1</sup> Case C-336/94, ECLI:EU:C:1996:462.

<sup>2</sup> Scholars debate on whether recognition has to be intended as a conflict of law rules or if it is just an aim to pursue through other mechanisms of private international law. However, this issue will not be deepened in this paper. Cfr., on this topic, P. Lagarde, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?* Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2014 (Volume 371), in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law; G. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padua, 2002, 239 ff.; M. Fallon, J. Meeusen, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *Yearbook of Private International Law*, 2002, 37 ff.; M. Melcher, *(Mutual) Recognition of Registered Relationships via EU Private International Law*, in *Journal of Private International Law*, 2013, 149 ff.; H.P. Mansel, K. Thorn, R. Wagner, *Europäisches Kollisionsrecht 2010*, in *IPRax*, 2011, 1 ff.

primacy<sup>3</sup>, notably EU law and binding human rights norms as the European Convention on Human Rights (ECHR). Indeed, as we will see *infra*, EU Member States' PIL can come into conflict with supranational rules when it leads to non-recognition. Unjustified conflicts will lead—directly or indirectly<sup>4</sup>—to displacement of the host State's PIL and, consequently, to recognition of family status.

This paper analyses the issue of the recognition in the EU of family relationships established in another Member State and comprised of (at least) one Union citizen. It will highlight how EU Law—and, to some extent, the European Convention on Human Rights (ECHR)—impact on national PIL rules, in order to protect EU citizens' legitimate expectation to have their cross-border family status recognized (paras no. 3, 4). Then, this paper explains under which circumstances national authorities can justifiably refuse recognition, notably on public policy grounds (para. no. 5-7). The paper argues that continuity of EU citizens' family status requires a resizing of national legal orders' sovereignty, through a greatly attenuated public policy clause, due to States belonging to a community of highly integrated supranational law. Paras. no. 8 and 9 examine recognition of status *filiations* as a case-study and show how the 'best interests of the child' principle calls for recognition in the State of the forum regardless of any public policy concern.

1980

## 2. Recognition of cross-border family status: a private international law perspective.

Situations like mixed marriages and partnerships, double citizenship, adoption of foreign children and migration, give rise to complex cross-border cases all over Europe<sup>5</sup>. People move from one Country to another, along with their family members. Movement of people often means movement of families and family ties. Citizens expect a validly established family tie to be deemed equally valid abroad<sup>6</sup>. They expect their family ties to be protected in their content, extent and stability, in space and time<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> On these aspects see J. Guillaumé, *The Weakening of the Nation-State and Private International Law. The "Right to International Mobility"*, in *Yearbook of Private International Law*, 2012/2013, 519 ff.

<sup>4</sup> In this context 'directly' means 'by virtue of the sole existence of the supranational rules', irrespectively from a national measure implementing it.

<sup>5</sup> More than 13 million of European citizens reside in an EU Country other than that of nationality. 'International' couples living in the EU are 16 million. Data published on December 6<sup>th</sup>, 2017 in *A Europe for mobile and international families*, European Parliamentary Research Service Blog, [epthinktank.eu/2017/12/07/a-europe-for-mobile-and-international-families/](http://epthinktank.eu/2017/12/07/a-europe-for-mobile-and-international-families/)

<sup>6</sup> This is especially true within a quite culturally homogeneous society as the European one. EU Member States share many common fundamental values, first of all those mentioned at Article 2 TEU and those affirmed by the ECHR and by the Charter of fundamental rights of the European Union (EU Charter).

<sup>7</sup> Thus, we refer to recognition of family status established abroad as 'the right to cross-border continuity of family status'. R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, tome 348 (2011), 253 ff., 272, 320, defines the issue

However, the protection of this expectation is not to be taken for granted. Indeed, States have no obligation to recognize the validity of status and relationships established under the rules of another national legal system<sup>8</sup>. Therefore, uncertainty for EU citizens in cross-border situations derives from differences still existing within the EU Member States' private law, notably in family law<sup>9</sup>, civil status matters<sup>10</sup> and in their PIL, which express of their social, cultural and legal identity<sup>11</sup>.

Traditionally, the recognition of a family relationship acquired under a foreign system is ruled by the State of the forum's PIL. Where PIL asks for the application of the law of the State in which family relationship established (*lex causae*), the host State's authorities may consider it incompatible with domestic legislation (*lex fori*), thus refusing the recognition of the status acquired abroad. Lack of EU competences in family law, civil status, and harmonized PIL rules on establishment and recognition of family status, makes the legal framework in such matter extremely fragmented. Hence, it fosters a closed attitude towards foreign legal principles and relationships<sup>12</sup>. Consequently, (international) public policy clause operates as a limit to application of foreign rules by the State in which status recognition is sought<sup>13</sup>, in order to preserve its innermost values and principles.

---

in terms of «besoin social de continuité et de stabilité de l'état de la personne» and of «portabilité des relations familiales».

<sup>8</sup> As noted G. Biagioni, *On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships*, in D. Gallo et al. (Eds), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin, 2014, 359 ff. A different regime distinguishes the US legal order, where the Supreme Court, in its much-awaited ruling in *Obergefell v. Hodges*, (judgment of 26 June 2015, case no. 576 US (2015)), held that same-sex marriages lawfully performed in one US State must be fully recognized in all the other US States.

<sup>9</sup> Family patterns adopted by different legal orders may differ more or less relevantly. Thus, a legal order may provide for family relationships unknown (if not even forbidden) in another legal order: that is the case, for example, for registered partnerships or same-sex marriages. Otherwise, a State may provide for a family status on grounds that are not recognized as valid in another State: parenthood, for example, is a universally recognized family tie, while only a few legal orders in the world provide for parenthood following surrogate motherhood.

<sup>10</sup> International conventions (such as the one produced by the International Commission on Civil Status), and, more recently, a EU Regulation (no. 2016/1191 of 6 July 2016, OJ L 200 of 26.7.2016, 1 ff.) afford some harmonisation. However, Regulation no. 1191 does not apply to recognition of the legal effects of public documents issued by another Member State's national authorities. See E. Pataut, *Reconnaissance des documents publics: vers un état civil européen?*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2013, 920 ff.

<sup>11</sup> On the relationship between culture and family law in Europe, see W. Pintens, *Family Law in Europe: developments and perspectives*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1, 2008, 155 ss.; M. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerp, 2006; M.R. Marella, *The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law*, in *European Law Journal*, 2006, 78 ff.

<sup>12</sup> This is considered one of the most visible deficiencies of the current PIL system, which, as it is structured, cannot handle conflict between different traditions and legal cultures in that field, thus avoiding such consequences. Cfr. M. Lehmann, *What's in a name? Grunkin-Paul and beyond*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, 138.

<sup>13</sup> Public policy (*ordre public*) doctrine in private international law finds its roots in 19th Century, when it was noted that «foreign laws which are repugnant to fundamental principles of the lex fori, or to religion or morality, cannot claim adoption under the general comity of nations». Cfr. J. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws: Foreign and Domestic, in Regard to*

Therefore, when a EU citizen moves to a State (the ‘host State’ or ‘State of destination’) other than that in which his/her family relationships have been established, national authorities do not recognize validity and/or efficacy of those family ties, thus making them void and irrelevant in the host legal order. Even where family ties are recognized as valid, host State’s legislation might downgrade them within the legal scheme of a different (usually less protected) status<sup>14</sup>.

Both situations are referred to as ‘limping status’<sup>15</sup>. This issue affects status established years before request for recognition, as well as status the establishment of which were the only reason why people moved abroad and then immediately moved back to the country of origin asking for recognition<sup>16</sup>.

Limping status might cause devastating consequences to status holder and his/her family members, such as impossibility to gain the citizenship of a given State, benefit from migration rights like family reunification and determine who holds parental responsibility or obligations of maintenance to a child or to a former spouse following divorce. In terms of EU law, restriction to free movement of people, genuine or strictly aimed at getting the status established, and eventually interference with the fundamental rights to private and family life may occur. Therefore, individuals can find protection under the EU legal order and the Council of Europe system.

### 3. Recognition, non-discrimination and the right to freely move and reside in the EU.

Lack of competence does not mean that EU law cannot exercise any influence on cross-border status. EU law intersects family law<sup>17</sup> in different areas, including EU citizenship, free movement, fundamental rights, social policy, migration policy, the completion of the Internal market and of the Area of freedom, security

---

*Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, Boston/London, 1872, par. 373 ff.

<sup>14</sup> M. Melcher, *Private International Law and Registered Relationships: an EU Perspective*, in *European Review of Private Law*, 2012, n. 4, 1078. Downgrading is what happens in Italy under Law no. 76/2016, where same-sex marriages celebrated abroad are recognized *ope legis* as mere registered partnerships.

<sup>15</sup> K. Doremberg, *Hinkende Rechtsverhältnisse im internationalen Familienrecht*, Berlin, 1968.

<sup>16</sup> The second case mostly involves a status whose establishment is prohibited—at all or under specific circumstances—in the State of origin or residence (e.g. legal parentage established through adoption is permitted by both the State of origin and the host State, but only the latter permits adoption by a single parent or by same-sex partners).

<sup>17</sup> See, *ex multis*, H. Fulchiron, *La construction d’un droit “européen” de la famille: entre coordination, harmonisation et uniformisation*, in *Revue des affaires européennes*, 2014, 309 ff.; I. Queirolo, *Integrazione europea e diritto di famiglia*, in N. Parisi, M. Fumagalli Meraviglia, A. Santini, D. Rinoldi (Eds), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Naples, 2011, 585 ff.; C. Honorati, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in S. Bariatti, C. Ricci, L. Tomasi (Eds), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milan, 2007, 3 ff.; R. Baratta, *Verso la “comunitarizzazione” dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, n. 3, 573 ff.; P. Mengozzi, *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Famiglia e diritto*, 2004, 643 ff.

and justice (judicial cooperation in civil matters)<sup>18</sup>. Some EU pieces of legislation indirectly concern family relationships<sup>19</sup>, where a prejudicial relationship exists between the status and the exercise of a right provided for by the EU<sup>20</sup>. Member States, therefore, must evaluate carefully the grounds for a potential denial of status recognition, in order to not prevent the effectiveness of EU law and eventually infringe it. Moreover, despite formal distribution of competences between EU and Member States, there cannot be any national rule, even in an area that falls to be regulated exclusively by the latter, whose application may constitute a breach of EU law. Hence, the use of national competences always has to be in accordance to EU law. This justified the intervention by the CJEU (through the preliminary ruling procedure)<sup>21</sup>, which scrutinized the compatibility of some national rules affecting personal status recognition with the principle of

---

<sup>18</sup> See G. De Baere, K. Gutman, *The impact of the European Union and the European Court of Justice on European family law*, in J. Scherpe (Ed), *European family law*, vol. I, Cheltenham, 2016, 5 ff.; G. Rossolillo, *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 733 ff.

<sup>19</sup> Some are very controversial, such as *de facto* partnerships (Directive 2003/86/CE on the right to family reunification, in OJ L 251 of 3.10.2003, 12 ff.), registered partnerships (Regulation (EU) 2016/1104 of the Council, of 24 June 2016, in OJ L 183 of 8.7.2016, 30 ff.), and same-sex marriages (see Article 2, par. 2, lett. a), Directive 2004/38/CE). On the interpretation of the notion of 'spouse' under Directive 38 as not solely including the opposite sex partner, see the recent judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU), of 5 June 2018, case C-673/16, *Coman and others*, ECLI:EU:C:2018:385, and even before H. Toner, *Migration Rights and Same-Sex Couples in EU Law: A Case Study*, in K. Boele-Woelki, A. Fuchs (Eds), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, Antwerp, 2012, 285, 286–9.

<sup>20</sup> As highlighted by M. Fallon, *Constraints of internal market law on family law*, in J. Meeusen et al. (Eds), *International family law for the European Union*, Antwerp, 2007, 164, regulation of family status referred to by EU secondary law acts as a preliminary question to the application of EU law itself. On the protection of family status within the free movement of people and the EU policy on migration, see L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padua, 2010.

<sup>21</sup> See judgments of 30 March 1993, case C-168/91, *Konstantinidis*, EU:C:1993:115; of 2 October 2003, case C-148/02, *Garcia Avello*, EU:C:2003:539; of 14 October 2008, case C-353/06, *Grunkin-Paul*, EU:C:2008:559; of 22 December 2010, case C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, EU:C:2010:806; of 12 May 2011, case C-391/09, *Runevic-Vardyn and Wardyn*, EU:C:2011:291; of 2 June 2016, case C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, ECLI:EU:C:2016:401; of 8 June 2017, case C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, EU:C:2017:432; of 5 June 2018, *Coman and others*, cited above in note 19. Cfr., *ex multis*, G. De Groot, *Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, 115 ff.; A. Iliopoulou, *What's in a name? Citoyenneté, égalité et droit au nom. A propos de l'arrêt Garcia Avello*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2004, 565 ff.; M. Castellaneta, *Libera circolazione delle persone e norme statali sull'attribuzione del cognome*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, 745 ff.; C. Honorati, *Free Circulation Of Names For EU Citizens?*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 379 ff.; J. Meeusen, *The Grunkin and Paul Judgment of the ECJ, or How to Strike a Delicate Balance between Conflict of Laws, Union Citizenship and Freedom of Movement in the EC*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2010, 189 ff.; L. Besselink, *Respecting Constitutional Identity in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2012, 671 ff.; E. Cusas, *Arrêt "Bogendorff von Wolffersdorff": la libre circulation et les titres de noblesse*, in *Journal de droit européen*, 2016, n. 232, 317 ff.; A. Tryfonidou, *Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's Coman judgment*, online in [europeanlawblog.eu](http://europeanlawblog.eu); G. Kessler, *La consécration par la CJUE du droit de séjour du conjoint de même sexe du citoyen européen: un pas supplémentaire vers la libre circulation des situations familiales au sein de l'Union européenne?*, in *Journal du droit international*, 2019, 27 ff.

non-discrimination (Article 18 TFEU) and EU citizens' free movement right (Article 21 TFEU)<sup>22</sup>.

The Court's judgments concerned non-recognition of EU citizens' surnames bestowed under another Member State's rules. The host State's authorities registered the citizens with a different surname, determined under the *lex fori*.

In its case-law, the CJEU broadly interpreted the principle of non-discrimination and the right to free movement<sup>23</sup>, thus allowing linkage of their compliance to previous mutual recognition of personal status, as long as denial of recognition would have consisted in denying the relevance of citizenship in another MS (and thus discrimination on the grounds of nationality<sup>24</sup>), or a restriction on exercise of free movement, as it could cause serious inconveniences at administrative, professional and private levels<sup>25</sup>. Therefore, despite EU legislation does not grant expressly automatic recognition of foreign measures on civil status, domestic legislations cannot lead to a non-recognition when this would breach EU Treaty law.

No explicit suggestion on whether this reasoning is applicable to other EU citizens' status emerges from this case-law. However, following the arguments developed in *Grunkin Paul*, a general right to mutual recognition of EU citizens' status can be envisaged insofar as:

---

<sup>22</sup> Notable legal doctrine highlighted also the relevance of the principle of loyal cooperation between Member States, now referred to by Article 4 TEU. This principle would preclude, indeed, an *a priori* refusal to recognize cross-border family relationships, due to the neutral application of host State's PIL. Cfr. R. Baratta, *Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC*, in *IPRax*, 2007, 1, 4 ff., 8 ff.

<sup>23</sup> That is consistent with previous CJEU judgments on free movement of people, where the Court stated that EU rules granting such right must be interpreted in a broad way. See, *ex multis*, the judgment of 19 October 2004, *Zhu and Chen*, case C-200/02, EU:C:2004:639, notably at para. 31.

<sup>24</sup> Case *García Avello* concerned children who resided in Belgium while having both Belgian and Spanish nationality. At birth, they were bestowed a surname under the *lex fori*. Their parents applied for a change according to Spanish law; however, the Belgian authority rejected the application, as it was considered against the applicable domestic legislation. The Court considered that prohibition of discrimination on the grounds of nationality precluded Belgian authorities from refusing to grant an application for the surname of those children to be changed to that to which they were entitled according to Spanish law and tradition. Cfr. J. Meeusen, *Le droit international privé et le principe de non-discrimination*, in *Recueil des cours*, 2011, vol. 353, 9 ff., 127.

<sup>25</sup> CJEU has considered as a serious inconvenience the risk of being obliged to dispel doubts as to one's identity because of discrepancy in names used in different countries (case *Grunkin-Paul*, para. 26, and case *Sayn*, para. 70); encountering difficulties in proving family links with your own family members (case *Runevic-Vardyn*, para. 77, case *Bogendorff von Wolffersdorff*, para. 46); being obliged to dispel doubts as to the authenticity of personal documents or the truthfulness of information contained in those documents (case *Runevic-Vardyn* para. 77); the risk that potential clients might confuse a professional with others, due to a surname spelling modification (case *Kostandinidis*); the risk of difficulties in benefiting from legal effects of diplomas or certificates drawn up in the name recognized in another Member State (case *García Avello*, para. 36). According to such case law, other examples of 'serious inconveniences' could be considered, *inter alia*, the impossibility to access a more favourable fiscal regime, or pensions and social security benefits, or hospital visitation rights and other relevant rights that would be granted in case of family status' full recognition.



- a) National legislations share common guiding principles ruling each status<sup>26</sup> allowing a strengthened mutual trust upon which the principle of mutual recognition is inevitably grounded;
- b) That status contributes to building someone's private and/or family life (as a means of personal identification and a link to a family) in the same manner as the surname does, and
- c) Refusal of recognition causes inconveniences of the utmost relevance in moving freely across the EU territory.

When these prerequisites are met, EU citizens should be legitimately able to expect their family status to be recognized by the host State's authorities. In other words, they should legitimately expect that EU law prevents any hindrance to free movement and/or any discrimination grounded on nationality, actually or potentially depending on the application of the *lex fori* PIL<sup>27</sup>.

Although the CJEU case-law seemed to be settled on recognition of surnames, the most recent judgment in case *Coman* shows that the thesis supporting the circulation of other family status orders may be based on the same reasoning and arguments, despite the very strong differences existing between them and the different axiological weight given to them by States. In case *Coman* the CJEU held that the term "spouse" in Article 2(2)(a) of the Citizens' Directive (2004/38/EC) is gender neutral and may include same-sex spouses. Therefore, Member States prohibiting same-sex marriages cannot rely on national law as justification to refuse the recognition of a same-sex marriage legally celebrated in another Member State<sup>28</sup>. Evidently, the Court refuses different applications of EU citizen's freedom of movement, depending on national law's discretion in allowing same-sex marriages or not. However, the Court significantly narrows the scope of its decision. First, it applies to the sole purpose of granting family reunification, while it does not impose recognition in order to grant other rights that are based on residency; then, the judgement concerns only couples married in an EU Member State and only if the marriage has been concluded during the Union citizen's period of *genuine* (the emphasis is added by the Author) residence in that

---

<sup>26</sup> C. Honorati, *Free circulation*, cit., 396 ff. Notably, such commonality seems to exist with regards to recognition of same-sex marriages and (even more so) same-sex partnerships. Indeed, also thanks to the intervention of the ECtHR (see judgment of 21 July 2015, *Oliari and other v. Italy*, Applications no. 18766/11 and 36030/11), a *consensus* towards the need to regulate establishment and effects of same-sex formal relationships is progressively forming. The same goes for the fact that there should not be any discrimination against same-sex couples by excluding them from protections granted to formally-recognized different-sex unions. See ECtHR, 24 July 2004, Application no. 40016/98, *Karner v. Austria*, and 13 February 2013, Application no. 19010/07, *X et o. v. Austria*, 23 February 2016, Application no. 68453/13, *Pajić v. Croatia*; CJEU, 1 April 2008, case C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECLI:EU:C:2008:179, 10 May 2011, case C-147/08, *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, ECLI:EU:C:2011:286; 12 December 2013, case C-267/12, *Hay v. Crédit agricole*, ECLI:EU:C:2013:823.

<sup>27</sup> G. Rossolillo, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padua, 2009, 204.

<sup>28</sup> The judgment applies to same-sex spouses but not necessarily to registered partners, who are entitled to a derived right of residence only if «the host Member State treats registered partnerships as equivalent to marriage», as required by Directive 38, Article 2, no. 2, lett. b).

State.

Thus, we can conclude that EU law eventually interferes with domestic legislation protecting EU citizens' right to a status' cross-border continuity. At the same time, however, we must stress that EU law guarantees this right only in situations linked with its legal order, and only insofar as this functions to guarantee effective exercise of free movement or to prevent discrimination on grounds of nationality.

1986

#### 4. Cross-border continuity of family status as part of the fundamental right to private and family life.

Fundamental rights and private international law are not considered mutually neutral anymore<sup>29</sup>, so protection of human rights may impose States to regulate the coordination between national legal orders according to binding pieces of legislation as the ECHR and the EU Charter<sup>30</sup>. The Court of Strasbourg, indeed, has already stated that right to recognition is nothing less than one of the possible effects of the right to private and family life granted by Article 8 ECHR<sup>31</sup>. Non-recognition, therefore, interferes with Article 8<sup>32</sup> insofar as a valid family

<sup>29</sup> Separation between conflict of law rules and human rights rested primarily on the divergent goals distinguishing the two matters; while the former deals with coordination between legal orders, the latter are imperative rights that aim to be universally implemented and consequently eliminate any dystonia between different legal systems. See, among others, F. Matscher, *Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, Paris 1996-97, 211; P. Kinsch, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droits international privé*, in *Recueil des Cours*, 2005, t. 318; L. Picchio Forlati, *Critères de rattachement et règles d'applicabilité à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, 907; F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007; L.R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, The Hague, 2014; G. Carella, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 523 ff.; F. Salerno, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, *Ibid.*, 2014, 549 ff.; J. Fawcett, M.N. Shuilleabhain, S. Shah, *Human Rights and Private International Law*, Oxford, 2016; Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Rochet, T. Revet (Eds), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 23ème édition, 2017, 125. On the intersection between human rights and PIL on status recognition, see G. Rossolillo, *L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, 1028 ff.

<sup>30</sup> G. Carella, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragioni e prospettive di una ricerca sui rapporti tra i due sistemi*, in Id. (Ed), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Turin, 2009, 10.

<sup>31</sup> Article 8 protects the right to private and family life. Member States of the Council of Europe must, on the one hand, refrain from engaging in any 'interference' with respect to the right enshrined therein, unless the conditions referred to in paragraph 2 are met (i.e. the interference 'is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others'); on the other hand, States must implement measures aimed at granting, through positive obligations, effective respect for private and family life.

<sup>32</sup> Among the most relevant ECtHR decisions, see those of 6 May 2004, in case *Hussin v. Belgium* (Application no. 70807/01), of 28 June 2007, in case *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg* (no. 76240/01, noted by P. Kinsch, in *Rev. crit. DIP*, 2007, 807 and by d'Avout, in *Journal du Droit International*, 2008, 183), *McDonald v. France* (no. 18648/04), of 6 July 2010,

status<sup>33</sup> acquired abroad is protected by the Convention—that is to say when the parties have acquired it in good faith<sup>34</sup>. The CJEU has never applied Article 7 EU Charter as main nor only reference to impose recognition as a peculiar form of the right to private and family life. It has mentioned how non-recognition may affect the family life that European citizens created or strengthened in the host Member State (and that it is protected under Article 7 EU Charter); yet the Court assessed national measure's relevance to EU law only through Article 21 TFEU.

However, it does not mean that the affirmation of fundamental right to family life in the CJEU case-law is just an *obiter dictum*. On the one hand, the CJEU had already abolished a restriction to free movement within the EU on this ground<sup>35</sup>. On the other hand, national measures liable to obstruct free movement of persons may be justified or not; indeed, justification is admitted only where such a measure does not conflict with the fundamental rights guaranteed by the Charter. The same goes for Article 24(2) of the EU Charter when domestic measures concern children. Thus, where non-recognition or downgrading affect free movement, they must be assessed in light of fundamental rights.

Since the rights guaranteed by Article 7 EU Charter<sup>36</sup> correspond to those guaranteed by Article 8 of the ECHR, according to Article 52 EU Charter, the former has to be interpreted in line with the latter—having the same meaning and

---

in case *Mary Green and Ajad Farhat v. Malta* (no. 38797/07), of 3 May 2011, in case *Negrepontis-Giannisis v. Greece* (no. 56759/08, noted by P. Kinsch in *Rev. crit. DIP*, 2011, 889; Dionisi-Peyrusse in *Journal du Droit International*, 2012, 213). See P. Kinsch, *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law and European Human Rights Law*, in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (Eds), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2010, 259 ff.; Id., *Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights*, in *Yearbook of Private International Law*, 2011, 37 ff.; P. Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 609.

<sup>33</sup> 'Valid' means 'acquired legally, validly and effectively, meeting both formal and substantial standards according to the State of origin's law'.

<sup>34</sup> Although the ECHR mechanism is quite similar to that defined by the CJEU (i.e., international rules working as a corrective to the application of national conflict of law rules leading to non-recognition), it cannot ask for immediate displacement where domestic rules would have led to deprive the status of any validity or effectiveness in the host State. Indeed, displacement is a consequence of EU law *primauté* and it doesn't belong to pure international law, unless domestic legislation expressly states otherwise (as in Article 55 of the French Constitution). However, it is not that Council of Europe member States can ignore the outcomes of the Court of Strasbourg's jurisprudence. National courts must interpret domestic measures according to obligations stemming from the ECHR and the ECtHR decisions, while national legislators must amend domestic law if necessary to comply with such obligations. Within the Italian legal system, where judges resorted to all the interpretative tools and nonetheless failed to give prevalence to the international obligation in the case, they have the duty to raise an issue of constitutionality. The international rule, therefore, will operate as an interposed parameter of constitutionality. See E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 7/2010, 955 ff.

<sup>35</sup> As noted by C. Honorati, *Free circulation*, cit., 396, referring to case *Carpenter*, judgment of 11 July 2002, case C-60/00, EU:C:2002:434.

<sup>36</sup> Private and family life is considered a EU citizens' fundamental right. See M. González Pascual, A. Torres Pérez (Eds), *The Right to Family Life in the European Union*, London/New York, 2017.

scope<sup>37</sup>—and the limitations which may legitimately be imposed on the former are those allowed by paragraph 2 of the latter<sup>38</sup>. Under this perspective, a reference to the jurisprudence of the ECtHR is necessary in order to define the boundaries of a legitimate measure refusing the recognition or downgrading the status in the host EU Member State.

### 5. Restrictions to recognition of family status.

EU citizens shall claim a ‘foreign’ status to be recognized as valid in every Member State; however, EU law does not lay down an imperative rule of automatic recognition. A national measure can lead to a non-recognition any time it passes the ‘*Cassis de Dijon* test’<sup>39</sup>, i.e. it is justified by objective and overriding reasons of public interest, has non-discriminatory effect, is proportionate to its objective and is necessary to protect the interests which it is intended to secure (that is to say that less restrictive measure could not protect adequately such interest)<sup>40</sup>. Where the application of national rules fails to strike a fair balance between the interests at stake, an infringement of EU Law occurs. It will be for the national court to decide whether non-recognition reflects a fair balance between the interests in issue<sup>41</sup>. Hence, it is somehow worrying that the CJEU gave no suggestions regarding under which prerequisites the State’s interests can prevail on individual rights. Indeed, even a ‘*serious inconvenience*’ to EU citizens does not necessarily imply that public interest must be disregarded, as a ‘*fair balance between the interests in issue*’ may nonetheless be sought and may eventually lean on the State’s interest<sup>42</sup>. Therefore, more references would be desirable. Fortunately, the ECHR case law provides for some very useful information about that. Indeed, being non-recognition (or downgrading<sup>43</sup>) of a status an interference with human rights, it

1988

<sup>37</sup> Combined provision of Article 6, para. 3, TEU and Article 52, para. 3, EU Charter shows that fundamental rights guaranteed by the ECHR constitute general principles of EU law and insofar as the EU Charter contains rights corresponding to those guaranteed by the ECHR the meaning and scope of the former shall be the same as those laid down by the Convention (if not more extended). See J. Kokott, C. Sobotta, *Protection of Fundamental Rights in the European Union: On the Relationship between EU Fundamental Rights, the European Convention and National Standards of Protection*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 34, No. 1 (2015), 63 ff.

<sup>38</sup> As stated by Advocate General Jääskinen in his Opinion of 16 December 2010, case *Runevic-Vardyn*, ECLI:EU:C:2010:784, para. 77.

<sup>39</sup> L. Tomasi, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, in C. Honorati (Ed), *Diritto al nome e all’identità personale nell’ordinamento europeo*, Milan, 2010, 133.

<sup>40</sup> For a reference to proportionality in EU law, see N. Reich, *How proportionate is the proportionality principle?: some critical remarks on the use and methodology of the proportionality principle in the internal market case law of the ECJ*, in H. Micklitz, B. De Witte (Eds), *The European Court of Justice and the autonomy of the Member States*, Cambridge, 2012, 83 ff.

<sup>41</sup> Case *Runevic-Vardyn*, para. 91. Here, the Court ruled that, according to Article 4, para. 2, TEU, the EU should respect Members States’ national identity, including the national official language. Therefore, national rules that aimed to protect national identity could be accepted, even if they restricted EU citizens’ free movement. However, if the national rules restricted it too much, then they would have to be set aside.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> However, the ECtHR held in *Schalk and Kopf* that downgrading does not necessarily consist of a breach of the ECHR.

requires justification under Article 7 EU Charter, as interpreted accordingly to Article 8 ECHR.

Under the ECHR system, proportionality<sup>44</sup> asks for some specific standards whereby one may assess the degree of protection that interests at stake deserve. Such standards shall apply before the CJEU too. From the individual interests' perspective, a pivotal role is that of 'stability of both the status and the relationship laying under it'<sup>45</sup>, which is strictly linked to their 'social reality'<sup>46</sup>. Therefore, national judges shall verify how strong is the link between the individual and the State where the status was established<sup>47</sup> and how deeply the relationship is rooted in the social fabric and in involved individuals' families<sup>48</sup>.

Then come 'intensity' of the family ties affected by non-recognition<sup>49</sup>, risk of frustration of reasonable expectations<sup>50</sup>, nature of the interests at stake<sup>51</sup> and—as affirmed in the CJEU case law too—gravity of the inconvenience caused to citizens seeking for recognition<sup>52</sup>. From the State's perspective, Article 8, para. 2, ECHR allows an interference when it is in accordance with national law<sup>53</sup>, it pursues one (or more than one) of the legitimate aims mentioned in the same paragraph and is considered as 'necessary in a democratic society' (meaning that it is grounded on

---

<sup>44</sup> J.J Cremona, *The proportionality principle in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in J.J Cremona, *Selected papers 1990-2000. Vol. 2, Human rights and constitutional studies*, San Gwann, 2002, 31 ff.

<sup>45</sup> P. Kinsh, *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad*, cit., 266. Anyway, the Author cannot tell whether 'stability' means a 'real and substantial link', a 'preponderant link', or even an 'exclusive link', and refers the issue to the ECtHR.

<sup>46</sup> L.R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, cit., 225.

<sup>47</sup> Recognition of status acquired in the State of nationality is usually grounded on a stricter link than that of a status acquired in a State in which the applicant stayed only occasionally or for a short period of time. However, conflicting opinions emerged on this topic. Notably, see R. Baratta, *Problematic elements*, cit., 10, who adopts a highly restrictive approach; *contra*, L. Tomasi, *Il diritto al nome*, cit., 136, who states that whatever kind of link between individuals and the State in which the status has been acquired, unless it is a 'significant' link, would be enough. Advocate General Sharpston, in her Opinion in case *Grunkin-Paul* (Opinion issued on 24 April 2008, EU:C:2008:246), at para n. 86, assessed as justified the denial of recognition in cases where there is no «real link» between an individual and his/her place of birth.

<sup>48</sup> Social reality depends, for example, on the duration of undisturbed enjoyment of the status, as held by the ECtHR in *Negrepontis-Giannisis*, par. 75.

<sup>49</sup> The intensity is higher when the status has been established by firm will of two adults, who were conscious of legal implications of their act, such as in a marriage or a registered partnership or an adoption of a grown-up (see again case *Negrepontis-Giannisis*).

<sup>50</sup> For example, as held by the ECtHR in case *Wagner*, in light of a sudden change in host State's legislation or practice.

<sup>51</sup> See *Van der Heijden v. the Netherlands* [GC], no. 42857/05, § 60. For example, a very intimate issue of somebody's life as sexual orientation (as in case *Oliari*, cited *supra* in note 26), or the best interests of the child, that must be assessed as primary whenever recognition is sought in respect of a status involving a minor (see *infra*, at para. 8, cases *Menesson v. France* and *Labassee v. France*).

<sup>52</sup> ECtHR judgment of 25 November 1994, in case *Stjerna v Finland* (Application no. 18131/91), para. 42.

<sup>53</sup> The Strasbourg Court has established a threefold test to determine whether an interference is in accordance with the law. The scheme leads the Court to evaluate: 1) the presence of a national law; 2) the clearness and precision of its wording; and 3) the aim it pursues. See I. Roagna, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, 2012, 37, online on [www.echr.coe.int/LibraryDocs/Roagna2012\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Roagna2012_EN.pdf)

a ‘pressing social need’). Member States have a margin of appreciation in determining what is deemed so necessary for the collective interest to justify a restriction to citizens’ fundamental rights. Margin of appreciation narrows when a ‘consensus’ among Member States in regulating a specific issue<sup>54</sup> can be found; vice versa, the margin widens when the interference is grounded on national security, social or economic policy, ethics or moral<sup>55</sup>. However, in reviewing the State’s assessment in this regard, the Court will evaluate whether the interference was proportionate and whether there could have been a less restrictive measure equally adequate to protect public interests.

## 6. Restrictions grounded on (international) public policy.

Under both EU and ECHR rules, public policy is considered an interest a State can legitimately protect where refusing the recognition of a foreign status. Indeed, in practice, public policy is the most common ground for a non-recognition order by national authorities<sup>56</sup> (as it was in the CJEU cases *Sayn-Wittgenstein*, *Bogendorff von Wolfersdorff*<sup>57</sup> and *Coman*<sup>58</sup>, and in the ECtHR cases *Mary Green* and *Negrepontis-Giannisis*). Thus, it is necessary to understand to what extent parties’ legitimate expectation of stability of the status acquired abroad can be restricted by Member States on public policy grounds without infringing the binding obligations deriving from European rules.

International and EU law do not harmonize international public policy. Indeed, public policy in private international law is not a concept of international, but of domestic law. Therefore, each domestic legal order has its own notion of public policy. However, it is a common feature that this clause is aimed to protect domestic legal order’s coherence and basic values, as it operates as a limit to avoid unacceptable results either of the application of a foreign law or of the recognition and enforcement of a foreign decision<sup>59</sup>. As what is perceived as fundamental,

<sup>54</sup> State’s margin of appreciation, therefore, narrows where the Court’s capacity to interpret the standard consensus consolidated around the criterion used by the State to justify the interference increases. This implies that the Court’s control can be much more penetrating than a mere control of ‘legitimacy’, but can also affect other aspects connected with the necessity for the measure. See on the topic of *consensus* K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2015.

<sup>55</sup> N.A. Moreham, *The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, 1, 48.

<sup>56</sup> See P. Lagarde, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, in *Annuaire de l’Institut de droit international, session de Cracovie*, 2004, vol. 71-1, 11 ff. and vol. 71-2, 139 ff.

<sup>57</sup> In *Sayn* and in *Bogendorff*, the Court ruled that the application of a national law prohibiting acquisition, possession or use of a title of nobility on the basis of which a Member State refuses to recognize one of its nationals’ surname as acquired in another Member State may be justified on public policy grounds.

<sup>58</sup> Where the Court held that recognizing a same-sex marriage for the purpose of family reunification does not threaten the public policy of the host Member State, as such recognition does not require that Member State to provide, in its national law, for the institution of same-sex marriage.

<sup>59</sup> See P. Lagarde, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, and, more recently, Id., *Public Policy*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private*

innermost values and principles of a legal order is not set in stone, international public policy's content is a flexible and constantly evolving notion, in space and time<sup>60</sup>. Moreover, public policy's applicability is affected by the context in which it has to apply.

Where PIL is incorporated into the EU system, indeed, EU law redefines the role of conflict of law rules, thus ensuring that they implement the common market<sup>61</sup>. The nature of public policy clearly expressed in EU PIL and in the CJEU case law<sup>62</sup> shows the common will of Member States to limit public policy's application in very exceptional cases. A similar argument may be supported where an EU Member State's domestic PIL interferes with EU law. On the one hand, CJEU has held that public policy, as justification for a derogation from a fundamental freedom, must be interpreted strictly, so that its scope cannot be determined unilaterally by each Member State without any control by the EU institutions<sup>63</sup>. It follows, therefrom, that public policy may be relied on only if there is a genuine and sufficiently serious threat to an interest considered of fundamental relevance both in the Member State society and in the EU as a whole. On the other hand, principles that make up Member States' international public policy are not solely domestic, but are taken also from supranational sources, namely EU and international human rights law. From the above we have to rethink the concept of what is essential to the forum (and, thus, what is unacceptable), towards an interpretation that is mainly centred on the European and international dimension of values and fundamental human rights. Notably, exercise of public policy clause to cross-border status' recognition in the EU must take into due consideration two factors of utmost relevance: the centrality of Union citizenship as the fundamental status of the individual in the process of European integration<sup>64</sup>, and the incidence of this process on the scope of the forum's international public policy.

European Area of freedom, security and justice (AFSJ) is the ideal

---

*International Law*, edited by K. Lipstein, ch. XI, 1994, 61 ff.; P. Barile, *Ordine pubblico (dir. int. priv. proc.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milan, 1980, 1106 ff.

<sup>60</sup> R. Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples, 1969, 312.

<sup>61</sup> L. Fumagalli, *EC Private International Law and the Public Policy Exception. Modern Features of a Traditional Concept*, in *Yearbook of Private International Law*, Volume 6 (2004), 171 ff.

<sup>62</sup> Judgments of 4 February 1988, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v. Adelheid Krieg*, 145/86, ECLI:EU:C:1988:61; 10 October 1996, *Bernardus Hendrikman and Maria Feyen v. Magenta Druck & Verlag GmbH*, C-78/95, ECLI:EU:C:1996:380.

<sup>63</sup> See the judgment of 28 March 2000, *Dieter Krombach c. André Bamberski*, case C-7/98.

<sup>64</sup> The status of EU citizen is established in both Article 9 TEU and Article 20 TFEU. Literature on the concept of EU citizenship is abundant. See J. Shaw, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, in G. de Búrca, P. Craig (Eds), *The Evolution of Eu Law*, 2nd ed. 2011, 575 ff.; F. Wollenschläger, *A New Fundamental Freedom Beyond Market Integration: Union Citizenship and Its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, in *European Law Journal*, 2011, 1 ff.; E. Spaventa, *Seeing the Wood Despite the Trees?: On the Scope of Union Citizenship and Its Constitutional Effects*, in *Common Market Law Review*, 2008, 13 ff. Significantly, G. Caggiano, *La "filigrana del mercato" nello status di cittadino europeo*, in E. Triggiani (Ed), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, 209, states that «La cittadinanza europea qualifica il carattere costituzionale del processo dell'integrazione europea e trascende la mera sommatoria delle libertà del mercato e dei diritti fondamentali, che vi afferiscono».

development of an European integration process focused on citizens<sup>65</sup>, whose freedom of movement and protection (particularly in cross-border situations) are top priorities<sup>66</sup> that require Member States to cooperate as effectively as possible. EU law, indeed, may restrain any Member States' measure "which have the effect of depriving citizens of the Union of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union"<sup>67</sup>. The close correlation between AFSJ and EU citizenship<sup>68</sup>, both built on free movement right, implements, ultimately, the transition from 'negative' integration—typical of the Single market—founded on non-discrimination based on nationality, to 'positive' integration, where citizens' fundamental rights express the values of the political community in which they live. Fundamental rights include individuals' identity<sup>69</sup>, intended as a bundle of social and emotional relationships represented by family and personal status, and protected by Article 7 of the EU Charter<sup>70</sup>, similarly to the provisions of Article 8 ECHR and with the same force and effectiveness of EU primary law. In a highly integrated context like this, public policy should facilitate the reception of other Member States' laws and judgments, and thus ensure a better continuity in treatment of cross-border private relationships.

This approach considers that where States belong to a legal entity that is as culturally, socially, politically and economically integrated as the European Union is, international values deriving from the EU and from the ECHR must have primary relevance among the fundamental values protected by their international

<sup>65</sup> A. Di Stasi, *Spazio europeo e diritti di giustizia*, Padua, 2014, 8. The completion of the European Area is mentioned by the EU Charter, just like EU citizenship, as an expression of the choice made by the same Charter to put individuals at the centre of the European system. On the relevance assumed by individuals in the EU law, see also B. Nascimbene, *La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 9 ff.; L. Azoulai, S. Barbou des Places, E. Pataut (Eds), *Constructing the Person in EU Law*, Oxford/Portland, 2016.

<sup>66</sup> See Article 3, para. 2, TEU, which, as noted by A. Di Stasi, *Spazio europeo e diritti di giustizia*, cit., 4, put the European Area of Freedom, Security and Justice's completion among the main aims of the EU, just after the promotion of peace, EU values and the well-being of its citizens.

<sup>67</sup> Case C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano, v. Office national de l'emploi*, ECLI:EU:C:2011:124.

<sup>68</sup> On this topic, see, *ex multis*, B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *Diritti di cittadinanza e libera circolazione nell'Unione europea*, Padua, 2012, 79 ff.; A. Tizzano, *Alle origini della cittadinanza europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 1031 ff.; C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Turin, 2010, 3 ff.

<sup>69</sup> *Rectius*: its continuity and stability.

<sup>70</sup> It is known that the Charter applies to EU institutions and Member States only in the implementation of EU law. Therefore, its applicability to family status would seem to be excluded. However, violation of the aforementioned rights due to non-recognition of family status would depend on the application of national rules but implementing a prerequisite of EU law, namely the right to free movement of EU citizens. In a similar situation (judgment of 5 October 2010, *McB*, case C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582) the CJEU has already upheld the extension of EU Charter's scope. Cfr. C. Campiglio, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 279 ff., notably 286 ff. Moreover, on the scope of the EU Charter, see B. Nascimbene, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2015, 49 ff. On the interrelation between family law and human rights in the EU, see G. De Baere, K. Gutman, *The impact of the European Union and the European Court of Justice on European family law*, in J. Scherpe (Ed), *European family law*, vol. I, Cheltenham, 2016, 15.



public policy<sup>71</sup>. At the same time, in situations falling within the scope of EU law—especially in areas such as the AFSJ, where the highest integration is desirable—it is not allowed to rely on a broad, traditional and mainly domestically-oriented notion of public policy, whenever this consists of a conflict with the fundamental values of the EU<sup>72</sup>.

AFSJ, indeed, «appears to be in the process of constructing a ‘public order’ at the level of the European Union founded on fundamental rights, citizenship and a community of values»<sup>73</sup>. Thus, genuine exercise of a fundamental right, as the right to freely move and reside in another Member State, must lead to a highly attenuated public policy clause<sup>74</sup>, as it cannot be a circumstance in which citizens are asked to sacrifice the most relevant issues of their individual identity in favour of collective interests. Based on that need, status will only be ruled to be contrary to public policy in very exceptional cases in which the collective interest, on the basis of a case by case evaluation of the specific circumstances, deserves a higher level of protection inasmuch as it expresses core values shared by Member States, such as human dignity, life, and equality of individuals. If it was the other way round, it would result in a contradiction that goes as far as to call into question the whole EU integration process. Therefore, when dealing with an issue so deeply linked to fundamental rights such as the protection of EU citizens’ personal and family identity, Member States should have a very narrow margin of application of their domestic international public policy.

### **7. *Fraude à la loi* and (non-)recognition of family status.**

Nevertheless, a peculiar situation in which public policy concerns must be considered as predominant also as concerns family status, is *fraude à la loi* (in English ‘evasion of law’). A family status is considered acquired in *fraude à la loi* where the parties were aware that the relationship was intentionally brought

---

<sup>71</sup> Cfr. O. Feraci, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione europea*, Milan, 2012; D. Rinoldi, *L’ordine pubblico europeo*, Naples, 2005.

<sup>72</sup> Such as in *Sayn-Wittgenstein*, where the national rule intended to protect equality between individuals, that is one of the core values protected by EU Law too. EU fundamental values form the core around which European experience consolidates and are therefore an indisputable premise of coexistence of the Member States within the EU. Such recalling for a common legal ground shared by Member States evokes the reference which the ECtHR makes to *consensus* while interpreting the clauses of interference to the exercise of civil freedoms.

<sup>73</sup> S. Coutts, *The Lisbon Treaty and the Area of Freedom, Security and Justice as an Area of Legal Integration*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2011, 87 ff., 107.

<sup>74</sup> French legal doctrine and—with some peculiarities—Anglo-Saxon jurisdictions theorized ‘attenuated public policy’ as a way to protect vested rights and therefore the stability of legal situations from damages that would result from their non-recognition, notably in situations where a link of the foreign situation with the forum lacks. See A. Bucher, *L’ordre public et le but social en droit international privé*, in *Recueil des cours*, tome 239 (1993), 9 ff.; M. Ekemans, *L’ordre public international et ses effets atténués*, in J.-F. Romain (Ed), *L’ordre public. Concept et applications*, Bruylant, 1995, 283; J. Guillaume, *Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité: quelle rationalité dans le choix du juge?*, in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges Patrick Courbe*, Paris, 2012, 295. Following the most recent CJEU case-law, see J. Carlier, *Vers un ordre public européen des droits fondamentaux – L’exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l’arrêt Coman*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2019, N° 117, 203 ff.

about abroad in order to bypass a restriction or a prohibition provided for by legislation of the State in which they ask for recognition<sup>75</sup>. The evaded national rule is usually a public policy one.

In the EU legal order, if the only parameter taken into account following the CJEU reasoning is the relevance of the opposite interests and their balance, nothing seems to prohibit recognition of status acquired abroad in *fraude à la loi*. Therefore, under CJEU case law, exercise of free movement rights for the sole purpose of acquiring a status circumventing national law could not prevent recognition, even if recognition is asked immediately after acquisition<sup>76</sup>. Indeed, non-recognition may cause relevant inconveniences that could hinder EU citizens' free movement at the very moment in which a status is established. If a new-born who was born in State X is not recognized (as soon as it is requested) as his/her father's child in State Y, he/she may face consequences concerning (EU) citizenship's acquisition, inheritance rights, free movement rights within EU, the right to be represented by his/her parents before public authorities, etcetera. Hence, even though status' consolidation likely means a lot more inconveniences in case of denial of recognition and therefore a stronger interest of the applicant for his/her application to be accepted, a temporally stable social reality should not be strictly necessary in order to invoke legitimately status recognition under EU law.

Actually, two strong arguments suggest to embrace the opposite conclusion. The first one is that of 'abuse of EU law'. It must be borne in mind that in *Centros*<sup>77</sup> the CJEU held that a Member State is entitled to take measures designed to prevent its nationals from attempting, under cover of the rights created by the Treaty, to improperly circumvent its national legislation, which is considered an abuse of EU Law. This means that, even if in a specific case individual interest for

---

<sup>75</sup> For example, a same-sex marriage involving two Italian citizens and celebrated in The Netherlands because it is prohibited in Italy, or a parent-child relationship involving a couple of Slovenian citizen and a baby delivered by a British surrogate mother established following a surrogate motherhood that is legal in the UK but forbidden in Slovenia. However, evasion of law in private international law is as well committed in case of 'avoidance', that is if the application of law is avoided by intentionally not fulfilling the necessary requirements for application. See *Evasion of laws (fraus legis)*, in *Encyclopedia of Private International Law*, edited by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, and Pedro de Miguel Asensio, Cheltenham, 2017.

<sup>76</sup> Advocate General Sharpston, in her Opinion in *Sayn-Wittgenstein*, at para 57, noted that «[t]here can be no legitimate expectation in the maintenance of a situation which is contrary to express legislation», and that «[i]f it transpired that the appellant had acted in bad faith in seeking to [have registered a status] to which she knew she was not entitled, or had in any way misled any of the authorities in question, then [not recognition] might seem a just and proportionate measure». Nevertheless, the same Advocate General held that, the length of the period in which the 'unlawful situation' was allowed to continue, the issuance of certificates and other documents reporting the discussed status and the official use the appellant has made of the status arise questions of proportionality. They are factors to be weighed necessarily in the balance of interests (para 68), even in such a case of fraud or bad faith. So it could be held that even a fraudulently acquired status may deserve protection under EU Law when its stability and social reality is adequately settled and proved. This is even more true when the host State has played a role in the settling of the status (because of unclear praxis or legislation).

<sup>77</sup> Judgment of 9 March 1999, case C-212/97, EU:C:1999:126, para. 24.

recognition should prevail on public policy, abuse of law allows the Member State to restrict the application of EU Law thus preventing individuals from taking advantage of such rule, including Treaty rules on fundamental freedoms<sup>78</sup>. Parties' behaviour could be considered an abuse merely on the basis of sufficient telling evidence, particularly considering the intention that moved the EU citizens to seek status acquisition abroad as assessed in relation to the allegedly abused EU provision's aim<sup>79</sup>. Therefore, a principle of *bona fide* in exploiting EU law should apply in status recognition cases. This has been confirmed eventually by the CJEU in case *Coman*<sup>80</sup>, where acquisition during a period of *genuine* residence (the emphasis is added by the Author) is necessary for status recognition.

The second argument is compliance with Article 7 EU Charter in the light of Article 8 ECHR and ECtHR case law. Indeed, the Court of Strasbourg has held<sup>81</sup> that Article 8 ECHR grants higher protection to stable relationships and, more significantly, it protects only status that have been acquired by the parties in good faith abroad. The ECtHR had the same approach in case *McDonald v France*<sup>82</sup>, where the Court dealt with an applicant that resided abroad temporarily in order to obtain divorce decree under more convenient jurisdictional rules. Due to this perceived misuse (or 'jurisdictional fraud'), the party's expectation has not been assessed as legitimate, and refusal to recognize the status obtained abroad was not considered an interference to the right to respect for family life. Hence, in cases of *fraus legis*, where the parties were aware that the relationship was artificially brought about abroad, restrictions to free movement on public policy grounds are justified under the right to private and family life. However, the next paragraph will show how the 'best interests of the child' principle is able to subvert this conclusion where recognition concerns children's personal and family status and notably status *filiationis*.

1995

## 8. Recognition of status *filiationis* (or how *fraude à la loi* and public policy cannot jeopardise the best interests of the child).

*Status filiationis* follows the establishment—by operation of law, by the will of the parties or by order of a public authority (usually a judicial one)—of parental relationship. Such status is ruled by two (almost) universally adopted principles:

---

<sup>78</sup> Cfr. F. Munari, *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2015, 519 ff., 522. See also S. Marinai, *Frode alla legge e abuso del diritto nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2017, 485 ff.

<sup>79</sup> On the topic of abuse of EU Law see, among other, See also A. Saydé, *Defining the concept of abuse of Union law*, in *Yearbook of European law*, 33 (2014), 138 ff.; A. Adinolfi, *La nozione di «abuso di diritto» nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2/2012, 329 ff.; K. Sorensen, *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rethoric?*, in *Common Market Law Review*, 2006, 423 ff.; M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milan, 2003; P.J. Wattel, *Circumvention on National Law; Abuse of Community Law?*, in *Common Market Law Review*, 1995, 1257 ff.

<sup>80</sup> At para. 40.

<sup>81</sup> See *supra* at para. 3.

<sup>82</sup> Decision of 29 April 2008, Application no. 18648/04, in *Journal de Droit Internationale*, 2009, 193, with annotation by Marchadier.

that of ‘*mater semper certa est*’ and that of non-discrimination between legitimate and children born out of wedlock<sup>83</sup>. Besides that, status *filiationis* sticks out for a great regulatory fragmentation at national level. Substantial differences exist about establishment and denial of legal parentage, legitimacy of ARTs (assisted reproductive techniques), stepchild adoption, adoption by single parent or by same-sex couples, etcetera. Where people try to evade domestic legal restrictions to establish status *filiationis* abroad, public authorities refuse recognition on (international) public policy grounds<sup>84</sup>. However, children’s vulnerability and unawareness require further caution in adopting domestic measures that make ineffective and void the status *filiationis* established abroad. Indeed, international human rights undertakings (namely, the 1989 Convention on the Rights of the Child<sup>85</sup>, Article 8 ECHR and Article 24 EU Charter<sup>86</sup>) state that insofar as status’ cross-border continuity is a fundamental part of the child’s personal identity, reference should be made to the best interests of the child.

Worth mentioning some recent decisions issued by the ECtHR, starting from cases *Menesson* and *Labasse*<sup>87</sup>. They concerned two couples of intended

<sup>83</sup> In case *Marckx v. Belgium* (Application no. 6833/74), the ECtHR acknowledged that a common *consensus* about legal recognition of equality between legitimate and illegitimate children exists among the Council of Europe’s Member States.

<sup>84</sup> As we will see *infra* in this paragraph and in the next one, the public policy exception appears more frequently in the context of ARTs. See M. Wells-Greco, *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements*, The Hague, 2015; concerning issue on conflict of law rules, see E. Bergamini, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2015, 315 ff. To what concern adoption, see case *Wagner and J.M.W.L. v. Luxemburg* and the case-law dealing with Islamic *kafala* (cfr. A. Borrás Rodríguez, *The protection of the rights of children and the recognition of kafala*, in *A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon*, 2013, 77 ff.; A. Di Pascale, *La kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell’uomo: tra tutela dell’interesse del minore e preoccupazioni di ordine pubblico*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n.4, 2012, 113 ff.), and with homoparental adoption (see G. Rossolillo, *Riconoscimento di ‘status’ familiari e adozioni sconosciute all’ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 335 ff.; C. Mécarry, *Homoparenté et homoparentalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Droit des familles, genre et sexualité*, 2012, 227 ff.)

<sup>85</sup> Article 3 of the CRC states that ‘In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration’. However, several other articles of the Convention make explicit reference to this principle, in relation to family ties (see Article 9, 18, 20, 21, 37).

<sup>86</sup> For a commentary see R. Lamont, *Article 24*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (Eds), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford, 2014, 209 ff.

<sup>87</sup> Decisions issued on 26 June 2014, cases no. 65192/2011 and no. 65941/2011. See H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction?: à propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Menesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Revue critique de droit international privé*, 2015, 1 ff.; P. Beaumont and K. Trimmings, *Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?*, Working Paper No 2015/2; R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 309 ff.; S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 9, 2015, 202 ff.; I. Anrò, *Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2016, 465 ff. These

parents who travelled to the USA for the sole purpose of contracting a surrogate<sup>88</sup>. The applicants were all French citizens who applied for registration of the children's birth certificate in the French civil register. In doing so, they ran into France's law prohibiting surrogacy as a public policy rule from which parties have no freedom to derogate. Moreover, they committed *fraude à la loi*, as the procedure to have a baby abroad was entered for the sole purpose of avoiding or circumventing the application of French law.

In previous similar cases, domestic courts did not recognize the paramountcy of the interest of the child when dealing with *fraude à la loi*<sup>89</sup>. The same happened to the Mennessons and the Labassees. Thus, they brought the case before the ECtHR, which found a breach of Article 8 ECHR. Indeed, everyone has the right to «establish the substance of his or her identity», and parent-child relationship is part of it.<sup>90</sup> Non-recognition of the legal parent-child relationship that had been established abroad «undermined the children's identity within French society».<sup>91</sup> Therefore, insofar as an essential aspect of one's identity is at stake, the margin of appreciation afforded to the State must be reduced<sup>92</sup> despite the lack of a *consensus* on the discipline of surrogacy and despite any public policy and *fraude à la loi* argument.

Where it is in the best interest of the child to enjoy private and family life together with intended parents, a child born as a result of international

---

were the first cases in which the Court examined the refusal to recognize the parent-child relationships between children born from a surrogate mother abroad and the couple who had recurred to the surrogacy agreement. Three other similar cases were then brought before the Court: case *Laborie v. France* (no. 44024/13), case *Foulon v. France* (no. 9063/14) and case *Bouvet v. France* (no. 10410/14). See. M. Gervasi, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 213 ff. Other cases where applicants relied on Article 8 ECHR to challenge administrative decisions in their home states refusing to legally recognize parent-child relationships established abroad between children born as a result of surrogacy are cases *Paradiso and Campanelli v. Italy* (Application no. 25358/12), and *D and others v. Belgium* (Application no. 29176/13).

<sup>88</sup> Surrogacy agreements are concluded by a woman who bears a child for a couple who takes responsibility for the plans and for conception, and to whom the child will be handed over after his or her birth. In a surrogacy agreement, the gametes may come either from the couple seeking to have a child (the intended parents), or from one member of that couple, or from two donors, including the surrogate mother.

<sup>89</sup> French Cour de cassation (1ere chambre civile), on 13 September 2013, rejected the applicant's request for the parent-child relationship to be recognized. Considering that: «(...) en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger [...] en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; [...] en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués; (...)», the Court of Appeal had rightly inferred from the fact that there had been a fraud on the part of the first applicant and that the recognition of paternity had to be annulled.

<sup>90</sup> *Menesson*, para. 99.

<sup>91</sup> *Ibid*, para. 96.

<sup>92</sup> *Ibid*, para. 80.

commercial surrogacy has the right to have the relationships with his/her *biological* parents legally recognized<sup>93</sup>. The ECtHR thus considers the best interests of the child as a ‘counter-limit’ to public policy exception<sup>94</sup>: the former must be guaranteed as a priority and is, therefore, part of those values that must prevail over the application of the latter<sup>95</sup>. As the ECtHR stated in *Labassee*, a State may wish to deter national citizens from going abroad to benefit from methods of assisted reproduction prohibited in its own territory.<sup>96</sup> Nonetheless, where consequences of evasion of law substantially affect children’s right to respect for their private life, respect for the children’s best interests imposes recognition<sup>97</sup>.

The CJEU has not yet intervened in the matter of recognition of the child status *tout court*. However, protection of the child’s interests—i.e. not depriving him/her of an effective family, avoiding to bear severe adverse consequences in terms of identity, maintenance, inheritance rights, etcetera—under Article 24 EU Charter must lead to an almost absolute compression of the margin discretion of Member State in in cases similar to *Menesson* and *Labassee*.

Indeed, there is no doubt that failing to recognize parent-child relationship in the host State would deprive the child of almost any legal protection. Hence, where recognition of status *filiationis* is linked to EU law and there’s a genetic link between the child and the parent seeking for recognition, Article 24 EU Charter may impose the forum’s State to ‘neutralise’ *fraude à la loi* or public policy concerns if it is in the best interest of the child<sup>98</sup>.

### 9. Status *filiationis* and public policy: recent developments before the ECtHR and European domestic courts.

A gradual implementation of the principles developed by the Strasbourg Court

<sup>93</sup> However, in its judgment of 24 January 2017 in *Paradiso and Campanelli* (*supra* in note 87) the Grand Chamber acknowledged, at para. 53, that a *de facto* family life between an adult and a child can exist even «in the absence of biological ties or a recognised legal tie, provided that there are genuine personal ties». For a detailed analysis of the Grand Chamber decision see P. Beaumont and K. Trimmings, *Surrogacy before the European Court of Human Rights*, in J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan (eds), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, 2018, 329 ff.

<sup>94</sup> S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore*, cit., 206-7.

<sup>95</sup> Cfr. C. Ragni, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *GenIUS*, 2016/1, 6 ff.

<sup>96</sup> See *Labassee*, cit., § 62 and 63.

<sup>97</sup> R. Baratta, *Recognition of a foreign status filii: pursuing the best interests principle*, in E. Bergamini, C. Ragni (Eds), *Fundamental rights and best interest of the child in transnational families*, London, forthcoming, at para. 3, outlines ‘the best interests of the child test’. It «entails to assess the real and genuine interest of the child in any specific situation whenever a form of international filiation comes under national authorities’ scrutiny. Actually, any decision on care of a child must be based on pragmatic evaluation of the child’s concrete welfare while considering every element of the case».

<sup>98</sup> However, recognition can encourage cross-border *commercial* surrogacy, thus originating some serious human rights issues that usually concerns women and children involved this kind of surrogacy, notably exploitation of women and treating children like object for sale. See P. Beaumont, K. Trimmings, *Surrogacy before the European Court of Human Rights*, *supra* in note 93.

concerning the protection of the best interests of the child and of private and family life, is ongoing before the courts of the EU Member States to justify the recognition of status *filiationis* related to surrogacy, medically assisted procreation, joint adoption, and step and second parent parenthood. Indeed, the above described evolution of the relationship between status *filiationis*, public policy and evasion of law seems to progressively gain consensus in national courts.

Decisions no. 4481/12<sup>99</sup> and 19599/16<sup>100</sup> of the Italian Corte di Cassazione upheld a perspective of the concept of international public policy no longer seen as a shield towards foreign and supranational law, but rather as a gate devoted to opening the interaction between the national legal system and the international community as a whole, as the latter expresses principles that are generally shared and released from the incidental and discretionary choice of national legislators. Thus, public policy stands as a bulwark not for the whole national legal system, but only for one of those fundamental principles that qualify its essential core and are harmonized within the International community<sup>101</sup>.

More recently, and for the second time, the German Bundesgerichtshof affirmed that the child has the right to be recognized as the son of both his/her parents, including the merely intended (non-biological) one, following surrogacy in the United States<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> On the registration of a same-sex marriage established abroad. See C. Sgobbo, *Il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso: la Cassazione abbandona la qualifica di «atto inesistente» approdando a quella di «non idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento interno»*, in *Giustizia Civile*, 2013, 2183 ff.

<sup>100</sup> On the registration in the civil status register of the foreign birth certificate including the names of two mothers. See G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, 2017, n. 2, 190 ff.; O. Feraci, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, 169 ff. On the following judgments issued by the Corte di Cassazione see C. Baruffi, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, in A. Di Stasi, *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Naples, 2018, 161 ff.; E. Falletti, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 1830 ff. See also Corte d'Appello di Trento, 23 February 2017, on the transcription in the civil status register of the foreign birth certificate including the names of two fathers; Corte d'Appello di Napoli, 30 March 2016, on the co-parental adoption asked by a female couple; Tribunale per i minorenni di Firenze, decrees of 7 March 2017, cases no. 105/15, 211/2015 A and 212/2015 A, on the adoption pronounced abroad, of children who are nationals of that State, adopted by Italian citizens residing in that State.

<sup>101</sup> As noted A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, online at [www.articolo29.it/](http://www.articolo29.it/), the Italian Court recalls a decision of the German Bundesgerichtshof that recognized the transcription of the birth certificate of a child born following international surrogacy that mentioned as parents the intended parents (who were a male couple). See BGH, 10-19 December 2014, *X. v. Land of Berlin*.

<sup>102</sup> Judgment of 5 September 2018, XII ZB 224/17, online at [www.jurion.de/urteile/bgh/2018-09-05/xii-zb-224\\_17/](http://www.jurion.de/urteile/bgh/2018-09-05/xii-zb-224_17/). See A. Schuster, *La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA*, online at [www.articolo29.it/2019/13045/#more-13045](http://www.articolo29.it/2019/13045/#more-13045). The first judgment is of 12 December 2014. See R. De Felice, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*, online at [www.personaedanno.it/articolo/maternit-surrogata-e-ordine-pubblico-internazionale-germania-e-italia-a-confronto-roberto-de-felice](http://www.personaedanno.it/articolo/maternit-surrogata-e-ordine-pubblico-internazionale-germania-e-italia-a-confronto-roberto-de-felice).

This approach greatly expands the children's expectation of recognition to a potentially huge amount of cases in which no hope of obtaining recognition could be previously nurtured. Moreover, domestic courts' approach somehow goes beyond that of ECtHR in *Menesson* and *Labassee*, as the former implicitly acknowledges the worthiness of protection for those family status that were established abroad for the sole reason of the legal (and not *de facto*) impossibility to validly establish them in the State of residence—thus making irrelevant any kind of status' stability and the genuineness of the link with the *lex causae* irrelevant—and for relationships with non-biological parents.

The most recent judgment on this matter is, however, a historical one. The ECtHR has indeed published its first advisory opinion on a surrogacy rights case<sup>103</sup>, at the request of the French Court of Cassation. The Court unanimously declared that the child's right to respect for private life within the meaning of Article 8 ECHR requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the commissioning mother, where she is designated in the foreign birth certificate as the 'legal mother' and where the legal parent-child relationship with the intended father has been recognized in domestic law. States' margin of appreciation is highly narrowed, because status *filiationis* is not just a matter of identity; indeed, it concerns essential aspect of the child's private life. Therefore, a possibility of recognition is due. However, States are not necessarily required to recognize the legal parent-child relationship with the intended mother in the specific form of registering the birth certificate in the civil registers. Other means of recognition, as adoption or court proceedings not involving adoption, may be used insofar as they are suitable to protect the best interests of the child «promptly and effectively»<sup>104</sup>.

Today, as a survey undertaken by the ECtHR and mentioned in the advisory opinion shows<sup>105</sup>, more than thirty Council of Europe's Member States permit the intended (biological) father to establish paternity after surrogacy, while some twenty Member States permit the establishment of legal parent-child relationship between children and the intended (non-biological) mother.

## 10. Conclusion.

In presence of a very fragmented legal framework, in which the EU legislator cannot uniformly regulate families (unless with regard to specific aspects), Member States are still willing to maintain their sovereignty. Indeed, where Member States wanted automatic recognition of foreign measures through common rules, they expressly did so establishing proper EU PIL rules.

---

<sup>103</sup> Advisory opinion of 10 April 2019, concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother (Request no. P16-2018-001). The opinion is delivered under Articles 1 and 2 of Protocol no. 16. Its value lies in providing the national courts with guidance on questions of principle relating to the ECHR applicable in similar cases.

<sup>104</sup> *Ibid.*, para. 55.

<sup>105</sup> *Ibid.*, paras. 22-24



Nonetheless, we could affirm that free movement and protection of fundamental rights of EU citizens must influence the recognition of family status, even though States expressly decided to keep their competence on this subject. The European Union is not just a common market anymore. It is first an area in which individuals are protected as the main beneficiaries of integration, while integration is sought through common values and fundamental rights. Hence, although the process of integration of the European Union cannot lead to a harmonization of family law, promoting free movement within an area of freedom, security and justice claims at least mutual recognition of the treatment of persons and families.

Nonetheless, duty of recognition does not prevent States from enjoying some space for manoeuvre insofar as national legal orders do not share the same foundational values in family matters or the host State's national identity itself would be harmed in case of recognition. Yet, we have to acknowledge that the CJEU recognizes to States the power to restrict circulation of status acquired abroad. Therefore, this paper did not intend to theorize, in the sphere of family law, the replacement (in any case) of EU law to national laws and jurisdictions, which are closer to the legal, cultural and social realities in which the disputes covered by this study sink their roots. Instead, it aimed at drawing the boundaries of 'EU control' on the choices and decisions made on such topic at domestic level, so that these choices do not frustrate the very essence of the European Union citizenship and the protection of fundamental rights. Indeed, restrictions are allowed only as long as there is proportionality between the restrictive measure and the goals it pursues, and proportionality calls for strict compliance with human rights. Notably, when it comes to public policy, the protection of the EU citizens' identity and status, covered by the fundamental right to private and family life, should be a sufficient reason to resize, under certain circumstances, the sovereignty of the EU Member States' legal orders, through a greatly attenuated public policy clause, due to their belonging to a community of highly integrated supranational law.

The fragmentation of substantive family law and the margin of appreciation doctrine, while being both an inevitable consequence of the current distribution of competences between States and the European Union, do not always constitute sufficient grounds for a strong closing by individual jurisdictions to family patterns legally accessible in another Member Union, and still less when the best interests of the child are at stake. Indeed, being part of a community based on integration, on the protection of fundamental rights and on the utmost relevance of the right of citizens to freely establish and strengthen their family life within the EU, requires Member States to cooperate in a 'unified transnational perspective', in order to allow the continuity of the legal status of the individual where the free movement of persons may lead to conflicts between national jurisdictions.

EU law must protect EU citizens' rights against any domestic prerogative which is non strictly essential in the light of EU values and principles. Protecting such values and principles may require to set aside the differences between

Member States and to circumscribe the exercise of their discretion (*rectius*: sovereignty) still reserved to them in the subject-matter. Therefore, I think it's time for a new, unwritten goal to be put under the responsibility of EU law. That is stabilizing unity of citizens' personal and family status in cross-border contexts, in order to best ensure the respect for their (fundamental) right to private and family life while enjoying the effectiveness of free movement in a much broader array of situations than ever before.

# *Impeachment* presidenziale in America Latina: una forma di responsabilizzazione dell'Esecutivo o un golpe istituzionalizzato?

di Federico Spagnoli

**Abstract: Presidential impeachment in Latin America: a way to make the executives responsible or an institutionalized coup?** –In this essay I intend to study how presidential impeachment has been employed in Latin America since the 1990s. I will try to assess whether it has been used to remove democratically-elected Presidents for political reasons (much like in parliamentary systems, unlike what the Constitution of the United States provides for), and whether this can be seen as a sort of “parliamentary coup”. In order to do this, I will compare the constitutional provisions in various countries, and in particular I will focus on the controversial impeachments of Presidents Collor and Rouseff in Brazil and of President Lugo in Paraguay.

2003

---

**Keywords:** Presidential impeachment; Latin American presidentialism; Constitution of Brazil; Constitution of Paraguay; Presidential system of government.

## 1. Introduzione

Negli ultimi decenni, a partire all'incirca dagli anni '90, un fenomeno dirompente ha attratto l'attenzione dei costituzionalisti e politologi che studiano gli ordinamenti dell'America Latina, ossia la tendenza dei Capi di Stato di quei Paesi a terminare il proprio mandato anzitempo, per motivi che vanno dalle dimissioni spontanee alla rimozione formale<sup>1</sup>. Si tratta di un fenomeno dalle molte sfaccettature e passibile di diverse chiavi di lettura, ma quello che ci interessa ai fini della presente analisi è lo studio di uno dei meccanismi più spesso impiegati per rimuovere il capo dell'esecutivo nei regimi presidenziali latinoamericani di recente democrazia, cioè il ricorso all'*impeachment* (o, secondo la dizione prevalente

---

<sup>1</sup> Per fare solo alcuni esempi si rinvia alle seguenti trattazioni, che offrono un quadro complessivo della situazione con riferimento a diversi sistemi latinoamericani: A. Pérez-Liñán, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge University Press, 2007; K. Hochstetler, *Rethinking Presidentialism: Challenges and Presidential Falls in South America*, in: *Comparative Politics*, Vol. 38, No. 4 (Jul., 2006), pp. 401-418 (reperibile all'indirizzo [scholar.harvard.edu/files/levitsky/files/hochstetler.pdf](http://scholar.harvard.edu/files/levitsky/files/hochstetler.pdf), consultato il 6 febbraio 2019); *Id.*(2011), *The Fates of Presidents in Post-Transition Latin America: From Democratic Breakdown to Impeachment to Presidential Breakdown*, in: *Journal of Politics in Latin America*, 3, 1, 125-141 (reperibile all'indirizzo [journals.sub.uni-hamburg.de/giga/jpla/article/download/401/399](http://journals.sub.uni-hamburg.de/giga/jpla/article/download/401/399), consultato il 6 febbraio 2019).

in quelle realtà, *juicio político*)<sup>2</sup>.

Quest'ultimo, pur con i vari nomi impiegati per indicarlo<sup>3</sup>, si può definire sinteticamente come il meccanismo costituzionale che, attraverso un procedimento apposito, permette ad un organo di natura legislativa di porre in stato di accusa gli individui titolari di determinate cariche pubbliche (come il Capo dello Stato, ma a volte anche ministri, giudici etc.) che siano accusati di comportamenti illeciti o censurabili<sup>4</sup>. Se tale responsabilità sussiste, i soggetti in questione saranno rimossi dalle rispettive cariche mediante votazione, spesso a maggioranza qualificata, dello stesso organo parlamentare, oppure rinviati a giudizio di fronte ad un giudice ordinario o speciale<sup>5</sup>. L'*impeachment* costituisce, per varie ragioni, un istituto assai peculiare. Da una parte esso ha un'origine storica ben definita negli ordinamenti anglosassoni di *common law*, nascendo con certi caratteri in Inghilterra e trovando poi uno sviluppo teorico importante e la sua prima consacrazione costituzionale formale negli Stati Uniti. Dall'altra ha sempre ricevuto, negli ordinamenti che lo hanno fatto proprio, una considerazione ed una disciplina speciali, proprio perché, pur incontrandosi tipicamente nei sistemi presidenziali, rappresenta una deroga rispetto alla disciplina della separazione dei poteri che in quel modello conosce abitualmente un'applicazione piuttosto rigida.

2004

<sup>2</sup> Né si tratta di una tendenza confinata esclusivamente a quest'area geografica dato che, sempre negli stessi decenni, in diversi ordinamenti appartenenti a varie regioni del globo, dall'Africa sub-sahariana all'Europa dell'Est all'Asia Orientale, si sono registrati tentativi, ed anche alcuni casi riusciti, di rimozione presidenziale attraverso procedimenti di *impeachment* o strumenti assimilabili, previsti da varie costituzioni di Paesi che hanno attraversato la c.d. Terza Ondata di democratizzazione (dagli anni '70 in poi), molti dei quali hanno optato per adottare una forma di governo presidenziale o semipresidenziale. Sul tema si soffermano approfonditamente Young Hun Kim (2014) *Impeachment and presidential politics in new democracies*, *Democratization*, 21:3, 519-553, DOI: 10.1080/13510347.2012.751973 (reperibile all'indirizzo [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13510347.2012.751973](http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13510347.2012.751973), consultato il 6 febbraio 2019), che adotta una panoramica generale cercando possibili fattori istituzionali e politici comuni in grado di spiegare il ricorrere di situazioni simili in ordinamenti così distanti e diversificati, e Jody C. Baumgartner, Naoko Kada (edited by), *Checking Executive Power: Presidential Impeachment in Comparative Perspective*, Westport Conn. London, Praeger, 2003, che comparano alcuni casi di studio appositamente scelti, avvertendo di non trascurare mai di considerare peculiarità e specificità di ogni singolo ordinamento o situazione presa in esame se se ne vuole una piena comprensione.

<sup>3</sup> Più avanti dedicheremo qualche attenzione anche al problema della nomenclatura dell'istituto, soprattutto alle implicazioni della traduzione di *impeachment* con *juicio político*, corrente in America Latina.

<sup>4</sup> Sull'importanza della fase accusatoria del procedimento insiste C. L. Black, jr, *Impeachment: a handbook*, New Haven and London, Yale University Press, 1998 (1974), 5, il quale ricorda come "*Strictly speaking, 'impeachment' means 'accusation' or 'charge'*", impianto che sarebbe confermato dallo stesso testo della Costituzione degli Stati Uniti, il quale, attribuendo l'esclusivo potere di *impeachment* alla Camera dei Rappresentanti, conferma che esso coincide con "*the power to bring charges of the commission of one or more impeachable offenses*". Al contrario, il Senato svolge una funzione sostanzialmente giurisdizionale, quella di "*try all Impeachments*". Ne ripareremo trattando delle origini dell'istituto.

<sup>5</sup> Sull'ambiguità inerente al concetto sofferma J. C. Baumgartner, *Introduction: Comparative Presidential Impeachment*, in Baumgartner, Kada (edited by), *op. cit.*, 1 s., che nota: "*Presidential impeachment is a subject that remains shrouded in misunderstanding. What exactly does impeachment mean?*", aggiungendo che per certi autori esso significa essenzialmente "*removal from office*".

Attraverso di esso si consente infatti all'organo legislativo (a volte col coinvolgimento del potere giudiziario, in altri casi autonomamente) di far valere una qualche forma di responsabilità del Presidente e di rimuoverlo dalla carica alla quale è stato eletto a suffragio universale diretto. Tutto questo va inserito nello schema classico del presidenzialismo configurato dall'archetipo statunitense, nel quale Parlamento e Presidente godono entrambi di una legittimazione popolare uguale e distinta, cosicché il primo non può essere sciolto anzitempo dal Capo dello Stato, mentre il secondo non può essere sfiduciato o rimosso dall'assemblea, essendogli garantita la durata in carica per un mandato dalla durata fissa<sup>6</sup>. In questo scenario, impostato allo scopo di “*maximize executive stability at the expense of checking the executive*”, non ci sono mezzi legali per rimuovere il capo dell'esecutivo se non appunto l'*impeachment*, che “*although unwieldy [...] is the ultimate check on the power*” nei confronti del Presidente e garantisce la tenuta democratica del sistema<sup>7</sup>, risultando in linea di principio invocabile solo in situazioni eccezionali, tali da porre in pericolo quest'ultima.

Tuttavia, un'osservazione più attenta del recepimento della nozione di *impeachment* in America Latina induce a sospettare che, come per molti altri concetti propri in origine dell'ordinamento statunitense o di altri, anch'essa possa essere stata oggetto, nel suo “trapianto”, di adattamenti più o meno rilevanti per inserirsi nelle nuove realtà, e che avrebbe così finito per trasformarsi in qualcosa di parzialmente diverso dall'originale, passibile di un utilizzo caratterizzato da un tasso maggiore di politicità. Ci proponiamo allora di verificare, analizzando un certo numero di casi e tenendo conto della letteratura in materia, se l'*impeachment*, per come previsto dalle costituzioni latinoamericane ed applicato nella prassi in quegli Stati, abbia o meno finito per tramutarsi in uno stratagemma per impiantare, volontariamente o meno, dinamiche parlamentari in ordinamenti dalla forma di governo nominalmente presidenziale. Alcuni episodi, recenti o meno, sembrerebbero infatti suggerire che esso potrebbe di fatto aver finito per svolgere in quei sistemi una funzione simile a quella di una mozione di sfiducia “anomala”, trasformandosi in un'arma nelle mani dell'assemblea legislativa per rimuovere un Presidente democraticamente legittimato per semplici divergenze di indirizzo politico. Un simile utilizzo contrasterebbe però con le finalità essenziali che nella visione classica vengono ricondotte alla forma di governo presidenziale.

Per questi motivi sarà necessario svolgere un'apposita indagine teorica e comparativa, non priva di riflessi storici, cominciando in primo luogo col riepilogare l'evoluzione del concetto di *impeachment* in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, al fine anche di richiamare alcuni dei principali dilemmi costituzionali relativi all'istituto, quali la sua natura giurisdizionale o meno, o la definizione degli illeciti sanzionabili, per poi introdurre il tema della circolazione della nozione negli

---

<sup>6</sup> “*Fixed terms (along with separate selection of the executive and legislature) are at the very core of presidentialism, neatly distinguishing it from parliamentarism*”, scrive G. Helmke, *Presidential Crises in Contemporary Latin America*, May 2018, 2 (reperibile all'indirizzo [www.gretchenhelmke.com/uploads/7/0/3/2/70329843/helmke\\_blm.pdf](http://www.gretchenhelmke.com/uploads/7/0/3/2/70329843/helmke_blm.pdf), consultato il 6 febbraio 2019).

<sup>7</sup> Baumgartner, *op. cit.*, 3.

ordinamenti latinoamericani di *civil law* e degli inevitabili adeguamenti che essa vi ha conosciuto.

Terminata la premessa storica, esamineremo le disposizioni attuali di numerose costituzioni dell'America Centromeridionale che disciplinano, sotto diversi nomi e forme, il procedimento di *impeachment*, e tenteremo di compararle e classificarle in varie categorie a seconda delle procedure previste, dei soggetti coinvolti, delle fattispecie di responsabilità contemplate etc. Ovviamente, data l'impostazione prescelta, ci interesseremo solo dell'*impeachment* del Capo dello Stato, poiché si tratta del caso in cui il suo dispiegarsi produce le conseguenze più significative a livello di forma di governo. Non mancheranno richiami ad ulteriori forme di rimozione del titolare della carica presidenziale previste da alcuni testi, alle quali, come si esporrà poi, si è in certi Paesi fatto ricorso per perseguire sostanzialmente la stessa finalità ultima dell'*impeachment*.

Subito dopo riepilogheremo le circostanze che hanno condotto, in pochi decenni, da una situazione nella quale, pur essendo previsto in gran parte degli Stati latinoamericani, l'*impeachment* non aveva avuto applicazioni pratiche di rilievo, alla fase attuale, che ha visto invece moltiplicarsi tentativi e minacce (ed anche casi concreti) di rimozione, rendendoli ormai un elemento ricorrente delle dinamiche politico-istituzionali in più Paesi. Riferiremo le opinioni dei diversi studiosi, che, oltre ad avanzare possibili spiegazioni del fenomeno, a seconda degli orientamenti vi colgono un elemento di rischio potenziale per regimi democratici non ancora consolidati oppure, al contrario, un segno di maturità democratica e di allontanamento dalle prassi di rovesciamento violento dei governi.

Passeremo poi a esaminare i due casi che, più di tutti, esemplificano il nuovo *trend* latinoamericano, anche perché si tratta delle uniche occasioni nelle quali la procedura costituzionalmente prevista è stata seguita in modo completo fino all'estrema conseguenza, ma che nondimeno lasciano trasparire, ad uno sguardo attento, un certo grado di polarizzazione politica che ne ha con ogni probabilità influenzato l'esito. Parliamo degli *impeachment* svoltisi in Brasile ai danni dei Presidenti Collor e Rouseff (1992 e 2016) ed in Paraguay nei confronti di Fernando Lugo (2012), caso quest'ultimo particolarmente controverso. Ricostruiremo con attenzione il contesto politico ed istituzionale delle rispettive vicende, procedendo anche ad un sommario confronto fra di esse e considerando per ognuna le motivazioni e gli *standard* rispettati o meno.

Dopo di ciò dedicheremo qualche attenzione ad una serie di casi, per così dire, "minori", nei quali il procedimento di *impeachment* si è arrestato ad un certo stadio o non è stato impiegato in maniera "canonica", oppure è stato scartato a favore di vie alternative di rimozione, formalmente consentite dalla costituzione ma meno garantiste per il Capo dello Stato sottoposto ad accusa, dando luogo non di rado a vere e proprie forzature del dettato costituzionale.

Infine, sulla base dell'analisi precedente, si procederà a trarre le conclusioni, cercando di verificare se la nostra domanda di partenza fosse giustificata ed eventualmente di individuare le lezioni che si possono trarre dall'esperienza

pratica quanto alla possibile evoluzione futura delle forme di governo prevalenti in America Latina.

## 2. L'*impeachment*: una breve storia

### 2.1. La nascita in Gran Bretagna ed il successivo declino

Come già ricordato, l'istituto noto come *impeachment* vide la luce nei sistemi anglo-americani di *common law*, nei quali può vantare una lunga storia ed un grado di sviluppo e sofisticazione tale da renderlo un modello prestigioso, prontamente imitato anche al di fuori di quell'area giuridico-culturale. Non avendo ovviamente la pretesa di ripercorrere un'evoluzione così lunga e complessa nei dettagli<sup>8</sup>, ci limitiamo ad esporla per sommi capi, al fine di ricostruire i connotati principali dell'istituto ed il loro contenuto interpretativo, elementi utili ai fini dell'analisi principale.

Di *impeachment* si parlò per la prima volta in Inghilterra nel XIV secolo, quando, complice un mutamento degli equilibri di potere fra Parlamento e Corona, la Camera dei Comuni cominciò a rivendicare il potere di accusare i ministri del Re di condotte criminose, mentre la Camera dei *Lords* pretendeva di essere l'organo competente a giudicare su dette accuse, secondo uno schema simile a quello dell'ordinario processo penale di *common law*, articolato sul binomio *indictment-trial*<sup>9</sup>. L'attribuzione di una competenza giurisdizionale alle due Camere del Parlamento si basava, in tale ottica, sul carattere particolare sia degli accusati che delle accuse, identificate con abusi di potere di vario tipo che avrebbero giustificato lo svolgimento di un processo "politico", affidato per questo motivo alle due assemblee del Regno<sup>10</sup>, scavalcando gli organi della giustizia regia in via di mero fatto, e non sulla base di un'espressa previsione giuridica<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Per un quadro storico-concettuale completo, con riferimento sia all'ordinamento inglese che a quello degli Stati Uniti, si rinvia ad esempio a R. Berger, *Impeachment: the constitutional problems*, Cambridge, Harvard University Press, 1973; M. Oliviero, *L'impeachment. Dalle origini inglesi all'esperienza degli Stati Uniti d'America*, Torino, Giappichelli, 2001; G. Negri, *Impeachment*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 239-251; L. Carlassare, *Responsabilità penale dell'esecutivo e forma di governo: l'impeachment negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 441-538.

<sup>9</sup> Pur seguendo in concreto, come osserva Oliviero, *op. cit.*, 4 ss., regole e procedure del tutto diverse da quelle dell'*indictment* comune.

<sup>10</sup> Negri, *op. cit.*, 244, ricorda come in occasione di un *impeachment* nel 1387 la Camera dei *Lords* dichiarò la propria competenza a giudicare "ogni grande crimine, afferente alla persona del Re ed alla condizione del suo regno, commessa dai Pari o anche da altri". Oliviero, *op. cit.*, 8 ss., nota che le preesistenti funzioni giurisdizionali dei *Lords* come tribunale dei Pari e Corte Suprema del Regno furono "progressivamente fatte proprie dall'intero Parlamento e [furono] utilizzate in base ad un preciso disegno politico" per espandere le sue competenze, secondo un procedimento graduale e senza rotture, fondato sull'applicazione di precedenti non scritti.

<sup>11</sup> Salvo, come rileva Berger, *op. cit.*, 7 ss., il fragile appiglio giuridico rappresentato dal c.d. *Statute of Treasons* (1352), il quale, secondo gli apologeti dell'istituto, avrebbe conferito al Parlamento il potere di creare *ex novo* nuove fattispecie di tradimento, di fatto qualificando retroattivamente come tali certe condotte nell'esercizio di un potere giurisdizionale riferito al caso concreto.

Sin dal principio, l'*impeachment* si dimostrò un'arma formidabile nelle mani del Parlamento, e soprattutto della Camera dei Comuni, che accusando i funzionari della Corona poteva indirettamente censurare le iniziative del sovrano, formalmente irresponsabile<sup>12</sup>, rimuovendo coloro che se ne assumevano la responsabilità politica e aumentando il proprio peso istituzionale<sup>13</sup>. Non è un caso che il suo uso abbia conosciuto fasi alterne nel corso della storia inglese, attenuandosi quando il potere regio nei confronti del Parlamento era più forte (es. il periodo Tudor), per poi farsi di nuovo frequente nel corso del Seicento, come forma di contrasto della politica assolutista degli Stuart. Né deve sorprendere che l'istituto, per quanto formalmente mai abrogato, sia ormai caduto in desuetudine in Gran Bretagna, venendo applicato in modo sempre più sporadico nel corso del Settecento e per l'ultima volta nel 1805. Un arco di tempo, questo, coincidente con la costruzione della forma di governo parlamentare nel senso moderno, il cui fondamento è rappresentato proprio dal legame di fiducia fra Parlamento ed Esecutivo e dalla conseguente possibilità di costringere alle dimissioni un governo o un ministro attraverso un voto di sfiducia, molto più agile del lungo e macchinoso procedimento di *impeachment* e privo dei connotati penalistici di quest'ultimo<sup>14</sup>.

L'*impeachment* inglese costituiva uno strumento per far valere la responsabilità *penale, e non politica* dell'accusato, adoperando forme *latu senso* processuali e terminando con la pronuncia, da parte della Camera alta, di una vera e propria sentenza che imponeva sanzioni penali, compresa la pena di morte, sia pur per motivazioni che abitualmente, anche se celate sotto la violazione di doveri ufficiali da parte del titolare di una carica pubblica, erano legate a contrasti squisitamente politici. Esso era, all'epoca, l'unica opzione per chiamare questi soggetti a rispondere delle proprie azioni, e si ritiene che proprio da qui sia cominciata l'evoluzione che ha condotto, come tappa finale, a delineare il moderno meccanismo della responsabilità politica proprio della forma di governo parlamentare<sup>15</sup>. La fiducia parlamentare rappresentava un espediente più adatto ad

---

<sup>12</sup> Sull'argomento si rinvia a G. Rizzo, *La responsabilità regia e le deposizioni dei re inglesi*, Milano, Giuffrè, 1939, che esplora l'evoluzione del concetto nel corso del tempo, sottolineando come solo con la progressiva realizzazione della forma di governo parlamentare britannica fra la fine del XVII secolo ed il principio del XIX si sia affermata definitivamente una dottrina costituzionale dell'irresponsabilità regia, laddove in passato le teorie in proposito erano più sfumate.

<sup>13</sup> Secondo Berger, *op. cit.*, 31, l'analisi di vari casi seicenteschi è illuminante nell'esplicare "*Parliament's own view of its powers and [...] the manner in which these powers were employed to advance important political ends*".

<sup>14</sup> Rizzo, *op. cit.*, 250 ss., fa notare che proprio in questo periodo si verificò la trasformazione della figura dei ministri inglesi da semplici consiglieri del Re (nominati in modo pienamente discrezionale dal sovrano, il quale procedeva a definirne i poteri secondo proprie scelte indipendenti e sempre revocabili) a membri di un *Cabinet* formalmente strutturato e politicamente omogeneo, capace di rispondere autonomamente e collettivamente del proprio indirizzo politico di fronte al Parlamento.

<sup>15</sup> In questo senso Negri, *op. cit.*, 240, per il qual era necessario superare l'*impeachment*, istituto fisiologicamente rivolto a sanzionare un singolo, una volta affermatasi una nuova figura di responsabilità intrinsecamente collettiva.



un contesto nel quale il Parlamento esercitava apertamente un ruolo di indirizzo nei confronti del Governo, laddove l'*impeachment* era un relitto di un'altra epoca, nella quale la separazione di poteri fra Parlamento e Corona era maggiormente netta ed il primo, privo di ogni legame formale con i ministri del Re, doveva ricorrere a strumenti non politici per rimuoverli dalle rispettive posizioni. In secondo luogo, in conseguenza dell'approccio pragmatico e politicamente orientato seguito dal Parlamento nel suo utilizzo, l'*impeachment* si caratterizzava per la pressoché totale mancanza di tassatività delle fattispecie sanzionabili, che potevano comprendere qualsiasi tipo di abuso di potere o condotta contraria ai principi generali dell'ordinamento, ricondotti alla multiforme nozione di tradimento per preservare la *fictio* giuridica dell'irresponsabilità del sovrano, anche nei casi in cui le decisioni contestate erano politicamente imputabili a quest'ultimo<sup>16</sup>. In ogni caso, non vi erano dubbi sulla facoltà dei Comuni, affermatasi in via consuetudinaria, di individuare nuove fattispecie a seconda delle occasioni, anche al di là del dettato legislativo<sup>17</sup>. Queste osservazioni conclusive ci sono utili per meglio comprendere perché negli Stati Uniti, e negli altri ordinamenti che ad essi si sono ispirati, l'*impeachment* abbia assunto caratteri parzialmente differenti<sup>18</sup>.

## 2.2. La maturazione negli Stati Uniti. Caratteri e controversie: la natura del procedimento e dell'*impeachable offence*

Sebbene gli ordinamenti di vari dei futuri Stati dell'Unione prevedessero già in epoca coloniale forme di responsabilizzazione dei funzionari pubblici<sup>19</sup>, ed il modello britannico di *impeachment* fosse ben noto<sup>20</sup>, fu il dibattito svoltosi durante

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, 242 s., mette bene in evidenza come sin dal principio il Parlamento inglese abbia rivendicato l'esclusiva competenza a fissare, con riferimento ai "processi politici", non solo i profili procedurali da seguire, ma anche quelli sostanziali, delineando in maniera flessibile e senza intromissioni altrui le fattispecie di responsabilità.

<sup>17</sup> Per Berger, *op. cit.*, 52, l'esperienza inglese dimostra che il Parlamento non ritenesse un "*indictable offence*" il necessario presupposto dell'*impeachment*. Anche Oliviero, *op. cit.*, 27 ss, dopo nota come il concetto di *impeachable offences*, dal punto di vista storico "si è sempre caratterizzato per il suo ruolo strumentale volto a garantire una copertura legale alla lotta politica", subendo un'evoluzione man mano che il procedimento stesso cambiava.

<sup>18</sup> Per una trattazione sistematica della disciplina e dell'applicazione di questo istituto nell'ordinamento americano, si rimanda in modo particolare a Black, *op. cit.*, ed a Carlassare, *op. cit.*

<sup>19</sup> Sulla recezione nelle colonie della *parliamentary practice* inglese in tema di *impeachment*, evoluzione nel corso della quale cominciarono a manifestarsi alcuni dei caratteri specifici che l'istituto presenta tutt'oggi negli Stati Uniti, ossia la "maggiore attenzione rivolta [...] alla tutela dell'ufficio piuttosto che alla punizione dell'individuo", si veda Oliviero, *op. cit.*, 39 ss.

<sup>20</sup> Rizzo, *op. cit.*, 224 ss., osserva che, anche se la Costituzione del 1787 ambiva a rappresentare nelle sue linee teoriche una sorta di attuazione dei principi del diritto naturale, "in realtà, per quanto riguarda le concrete istituzioni, si ispirò alla tradizionale costituzione inglese", specificando che "In particolare, il Presidente degli Stati Uniti rappresentò, in un certo senso, una copia del Re inglese dell'epoca". L'autore spiega che, all'epoca della Convenzione di Filadelfia, il modello del *Cabinet government* non si era ancora del tutto affermato in Gran Bretagna, residuando uno spazio di poteri personali per il Re più o meno ampio, e come quindi, volendo prendere a modello tale figura, i Padri Fondatori si fossero preoccupati di prevedere appositi strumenti di controllo per evitare che il Presidente potesse esercitare poteri troppo

la Convenzione di Filadelfia del 1787 a sancirne l'introduzione a livello federale<sup>21</sup>. In quella sede si manifestarono diversi orientamenti sull'opportunità della scelta e sui connotati da attribuire all'istituto. Alcuni delegati, infatti, ritenevano che l'unico modo per tenere sotto controllo le tendenze autoritarie dell'Esecutivo fosse quello di conferire al Congresso il potere di mettere in stato d'accusa il Presidente e rimuoverlo anche sulla base di una semplice mala gestione del potere, senza risvolti criminosi. Secondo altri delegati, l'istituto, se configurato con un ambito d'applicazione eccessivamente ampio, avrebbe finito per rendere il Presidente politicamente dipendente dall'appoggio del Congresso<sup>22</sup>. Proprio per questo, secondo costoro, ci si doveva rifare all'*impeachment*, istituto che, dato il contesto istituzionale in cui era sorto, presupponeva un certo livello di interazione fra poteri dello Stato, senza però rinunciare ad una separazione piuttosto rigida dei medesimi. Alla fine fu raggiunta una soluzione compromissoria, che ebbe come risultato le disposizioni ancora vigenti della Costituzione degli Stati Uniti in materia di *impeachment* (art. I, sez. 2, 5° comma; art. I, sez. 3, 6°-7° comma; art. II, sez. 2, 1° comma, sez. 4, art. III, sez. 2, 3° comma), integrate quanto alla disciplina di dettaglio della procedura dalle norme regolamentari adottate dalle due Camere. Si offrirà di seguito un sintetico riassunto della disciplina in materia, concentrandosi su quattro profili: quello soggettivo; quello oggettivo; quello delle sanzioni; quello procedimentale.

In primo luogo, i soggetti passibili di *impeachment* indicati dalla Costituzione sono il Presidente, il Vicepresidente ed ogni altro funzionario civile degli Stati Uniti; la loro esplicita individuazione costituisce già una notevole differenza rispetto all'ordinamento inglese, assai indeterminato anche a questo proposito. Tuttavia, la nozione di "funzionari civili degli Stati Uniti" ha suscitato alcuni interrogativi dottrinari quanto alla sua estensione, poi risolti in via di prassi attraverso le diverse applicazioni dell'istituto nei casi concreti<sup>23</sup>. Vi sono stati fatti rientrare, fra gli altri, i Segretari dell'Esecutivo federale e soprattutto i giudici federali, che ad oggi risultano la categoria più frequentemente coinvolta nei procedimenti di *impeachment* e l'unica ad aver subito effettivamente la rimozione dalla carica.

---

vasti senza doverne rispondere in prima persona, secondo la logica per la quale a nessun organo dello Stato deve essere affidato un potere assoluto e non bilanciato da altri.

<sup>21</sup> Negli USA l'*impeachment* è contemplato anche dalle Costituzioni statali, sia pur con caratteri differenti da Stato a Stato (si veda ad es. quanto scrive Carlassare, *op. cit.*, 480, circa la disciplina dell'intervallo temporale entro cui è possibile avviare il procedimento).

<sup>22</sup> Nel primo senso andava l'opinione di Mason, mentre del secondo orientamento si faceva esponente Madison, come ricorda Oliviero, *op. cit.*, 50, dopo aver comunque sottolineato (44 s.) come all'epoca della Convenzione i Padri Fondatori, memori delle lotte fra Parlamento e Corona nell'Inghilterra del '600 e dell'opposizione delle assemblee coloniali alle misure più tiranniche del dominio britannico, ma allo stesso tempo sensibili all'esigenza di costruire un sistema imperniato su un esecutivo autorevole e di evitare i rischi del predominio assembleare, perseguissero l'obiettivo di limitare il potere esecutivo garantendogli però al contempo sufficienti margini di indipendenza dal Congresso.

<sup>23</sup> Per esempio già nel 1797 (caso Blount) si esclusero da questo novero i membri del Congresso.

In secondo luogo, nel tentativo di evitare una formulazione troppo vaga che ponesse l'Esecutivo alla mercé del Congresso o, al contrario, un *numerous clausus* tassativo di ipotesi che potesse rivelarsi in futuro troppo restrittivo, il testo dell'art. II, sez. 4, prevede che i soggetti citati possano essere sottoposti ad *impeachment* soltanto laddove risultino colpevoli di “*treason, bribery, and other high crimes and misdemeanors*”. Mentre le prime due nozioni non pongono problemi significativi<sup>24</sup>, e non hanno mai assunto un rilievo pratico, la terza è stata vista come una sorta di formula onnicomprensiva<sup>25</sup>, che pur riprendendo una terminologia già consolidatasi nell'esperienza inglese<sup>26</sup> non chiarisce quali siano i suoi contenuti e neppure se essa debba essere letta come due figure distinte o come un'endiadi. La stessa prassi offre messaggi contrastanti, ed in numerosi casi è stata ampiamente piegata ad esigenze politiche, se non strettamente partigiane, condizionate dal contesto e dai soggetti coinvolti<sup>27</sup>. Riassumendo, i precedenti sembrano confermare, pur fra molte incertezze ed incoerenze, che possano rilevare come *high crimes and misdemeanors* ai fini dell'*impeachment* non solo comportamenti perseguibili penalmente (*indictable crimes*), ma anche altre condotte comunque connesse con l'esercizio di un pubblico potere, nonché reati, e secondo alcuni anche illeciti non penali, posti in essere dal titolare di una carica fuori dall'esercizio delle proprie funzioni ma percepiti come particolarmente gravi dal punto di vista sociale<sup>28</sup>. In definitiva, in mancanza di violazioni di specifiche disposizioni della legge penale, l'*impeachment* sarebbe giustificato anche dalla contravvenzione a norme di altro tipo, scritte o non scritte, giuridiche o morali, purché si possa comunque individuare uno *standard* di condotta che il titolare della carica non ha rispettato<sup>29</sup>.

2011

---

In terzo luogo, per quanto riguarda la sanzione irrogabile, l'art. I, sez. 3, 6° comma Cost. specifica che essa può consistere esclusivamente nella rimozione dalla carica della persona accusata, oltre che nella sua futura interdizione dai pubblici uffici; questo non impedisce, tuttavia, che lo stesso soggetto sia passibile di essere incriminato, giudicato e punito secondo le norme della legge penale laddove la condotta *impeachable* costituisca anche un reato. La limitazione della sanzione a destituzione ed interdizione segna un netto distacco rispetto all'esperienza inglese; non solo si apporta maggiore chiarezza rispetto all'indeterminatezza di quel

<sup>24</sup> Anche perché l'art. III, sez. 3, contiene una definizione dettagliata di tradimento, come ricorda Black, *op. cit.*, 25.

<sup>25</sup> *Ibidem*, 27, parla di “*catchall phrase*” che “*must generate, and has generated, great difficulties of interpretation*”, dato che il suo ambito di applicazione è definito solo in parte.

<sup>26</sup> Dove essa aveva, sottolinea Berger, *op. cit.*, 86 s., un significato tecnico alquanto specifico, a dimostrazione del fatto che il costituente, richiamandola, intendeva comunque porre dei limiti al potere di *impeachment*.

<sup>27</sup> Ad esempio, *ibidem*, 122 ss., nota, pur dissentendo da tale prassi, come l'opinione prevalente tenda ad includere nell'insieme dei funzionari anche i giudici federali, altrimenti inamovibili, sostenendo che, a questi fini, il concetto di *impeachable offenses* potrebbe ricomprendere le violazioni del *good behavior*, prescritto dall'art. III, sez. 1 Cost. come requisito necessario per la permanenza in carica del giudice.

<sup>28</sup> Tale panoramica riassuntiva si rinviene in Oliviero, *op. cit.*, 122 ss.

<sup>29</sup> Questo è quanto suggerisce Carlassare, *op. cit.*, 490 s., rifacendosi alle posizioni, non perfettamente coincidenti sul punto, di Story e Corwin.

modello<sup>30</sup>, ma si separa nettamente l'aspetto della responsabilità politica da quella penale, vietando sanzioni che incidono sulla libertà personale. La *ratio* dell'*impeachment* statunitense non è allora quella di far valere una responsabilità criminale che potrebbe anche non sussistere, da invocarsi ad ogni modo nelle sedi e con gli strumenti appositi (la stessa Costituzione- art. I, sez. 3, 6° comma citato-contempla la coesistenza di entrambi i procedimenti), bensì quella di tutelare una carica pubblica, e di riflesso l'intero corpo sociale, rimuovendo un soggetto che abusa dei propri poteri o che nuoce al prestigio o alla dignità della carica stessa, il che giustificherebbe l'attenzione anche per comportamenti penalmente irrilevanti<sup>31</sup>.

Venendo infine alla disciplina del procedimento in sé, il potere di darvi avvio spetta esclusivamente alla Camera dei Rappresentanti, la quale può procedere alla messa in stato d'accusa dei soggetti con una decisione a maggioranza semplice. Il voto del *plenum* della Camera è preceduto da una fase istruttoria, nell'ambito della quale ad una commissione ristretta (abituamente la Commissione Giustizia della Camera) è affidato il compito di verificare la sussistenza dei fatti posti alla base dell'accusa e, se questa è ritenuta sufficientemente fondata, di approvare un rapporto che si pronunci sulla loro procedibilità o meno. Dopo di ciò la parola passa all'aula, e, se quest'ultima decide anch'essa nel senso della procedibilità, la citata commissione procede a redigere una serie di capi di accusa (*articles of impeachment*), ognuno dei quali delinea una particolare condotta contestata al titolare della carica.

Al Senato<sup>32</sup>, riunito in una seduta speciale (presieduta, in caso di *impeachment* contro il Presidente, dal *Chief Justice* della Corte Suprema, in modo da evitare che il procedimento si svolga sotto la direzione del Vicepresidente, candidato naturale alla successione e quindi potenzialmente non imparziale), spetta il compito di pronunciarsi sull'accusa mossa al termine di un procedimento che vede confrontarsi una pubblica accusa, rappresentata da *managers* scelti dalla Camera fra i propri membri, e la difesa dell'accusato, secondo le linee generali di un processo penale<sup>33</sup>. Ai fini della condanna dell'accusato sarà necessario che almeno i due terzi dei Senatori presenti votino a favore di almeno uno degli *articles* succitati. La maggioranza qualificata, naturalmente, fa sì che, conformemente ai *desiderata* del costituente, la rimozione degli accusati non risulti nella piena

---

<sup>30</sup> Oliviero, *op. cit.*, 89 s., ne desume che allo stesso modo, se lo ritiene opportuno, il Senato possa pronunciare anche una sanzione inferiore a quella massima prevista (ad es. un rimprovero).

<sup>31</sup> Già alcuni Padri Fondatori, come ricorda Carlassare, *op. cit.*, 486 s., concepivano l'*impeachment* (specie se rivolto contro il Presidente) come congegno per liberarsi di una persona "*unfit*" o "*incapable*" di svolgere quell'incarico, a prescindere dagli eventuali reati commessi.

<sup>32</sup> Tuttavia Black, *op. cit.*, 10, ricorda come "*Until a very late stage in the Constitutional Convention of 1787, all drafts of the Constitution provided for trial of impeachments by the Supreme Court*", un'origine che, a detta dell'autore, non avrebbe cessato anche in seguito di avere ripercussioni "*as to the nature of the function or, much more importantly, as to the proprieties of its exercise*".

<sup>33</sup> Anche se, ovviamente, le regole procedurali penali ordinarie non possono essere interamente trasposte in un contesto così particolare, e permangono dubbi riguardo ad alcuni aspetti, come il regime delle prove necessarie ed ammissibili ai fini della decisione e la pubblicità delle udienze, problematiche esplorate *ibidem*, 14 ss.

disponibilità del Senato. Mentre quindi la Camera può permettersi di avviare un procedimento a maggioranza semplice (eventualmente anche per ragioni di puro interesse politico), il Senato non può giungere ad una decisione che non sia ampiamente condivisa e quindi, si può supporre, fondata su dati di fatto<sup>34</sup>, fungendo da garanzia degli altri organi nei confronti di possibili eccessi del potere legislativo. Al contrario dei profili prima esaminati, lo schema procedurale appena descritto sembra rispecchiare più da vicino il precedente inglese.

Resta ancora qualche parola da spendere sulla problematica della natura dell'*impeachment*, nonché sintetici accenni da effettuare all'uso che ne è stato fatto nei confronti della figura presidenziale.

Sotto il primo punto di vista, l'ambiguità continua ad essere grande e difficilmente risolvibile nel senso della natura puramente politica o giurisdizionale dell'istituto. Infatti, pur trattandosi di un procedimento che viene iniziato dalla Camera e si svolge davanti al *plenum* del Senato, organi politici per eccellenza, quest'ultimo deve seguire una procedura particolare, diversa da quella abituale, è tenuto a decidere a maggioranza qualificata, e, come si è visto, in certe occasioni viene ad essere presieduto dallo stesso capo della Corte Suprema<sup>35</sup>. Considerati anche l'indeterminatezza delle fattispecie di responsabilità più frequentemente invocate, le peculiare modalità della decisione e l'insindacabilità di questa<sup>36</sup> e la natura puramente politica delle sanzioni, appaiono evidenti quantomeno delle significative interferenze fra profili, tali da rendere molto difficile, anche nel caso in cui si volesse seguire uno schema proceduralizzato e sostanzialmente

<sup>34</sup> Persino un caso come quello dell'*impeachment* contro il Presidente Johnson (1868), palesemente inquinato da considerazioni partigiane trasversali agli schieramenti, lo dimostra, dato che in quell'occasione proprio il mancato raggiungimento della maggioranza qualificata (per un solo voto) condusse all'assoluzione di Johnson. Una disamina accurata degli eventi si ha in Berger, *op. cit.*, cap. IX.

<sup>35</sup> *Ibidem*, 527 s., rievoca le differenti posizioni di accusa e difesa durante l'*impeachment* contro Johnson quanto al ruolo giudiziario o meno del Senato, incentrate, fra l'altro, sul significato da attribuire a termini propri del linguaggio penalistico impiegati dalla Costituzione in relazione all'*impeachment* (es. "*trial*", "*conviction*" etc.).

<sup>36</sup> Rimane aperto nell'ordinamento statunitense il dibattito sulla possibilità di una *judicial review* della decisione che pone fine al procedimento di *impeachment* ad opera della Corte Suprema o di un'altra corte federale. A favore di tale possibilità si pronuncia ad esempio Berger, *op. cit.*, 103 ss., che elenca varie ragioni di natura costituzionale che potrebbero giustificare un controllo giurisdizionale sulla decisione, quale la necessità che la qualificazione di una condotta come "*high crime and misdemeanor*" non sia rimessa all'assoluta discrezionalità di organi politici, garantendo il rispetto della Costituzione da parte di questi. Tuttavia la dottrina prevalente sembra respingere tale prospettiva: ad esempio Black, *op. cit.*, 53 ss., oltre a demolire metodicamente i potenziali appigli costituzionali della *judicial review*, afferma in modo dirimente che sarebbe politicamente inconcepibile per un Presidente destituito dal Senato pretendere di reinsediarsi nella carica a seguito di una sentenza della Corte Suprema: la Camera alta dovrebbe essere consapevole, quando decide, che la sua pronuncia non può essere precaria e contestabile, ma definitiva, e quindi da assumersi con la massima responsabilità. Anche Oliviero, *op. cit.*, 132 ss., nota come il silenzio della Costituzione in materia sembri evidenziare, assieme ad altri fattori, "un chiaro orientamento contrario ad ogni interferenza del potere giudiziario" e come i pochi ricorsi in materia siano stati respinti dalla Corte Suprema come non giustiziabili per carenza di giurisdizione. Tuttavia, come vedremo più avanti, il problema si è occasionalmente ripresentato in ordinamenti dell'America Latina.

giurisdizionale, una piena corrispondenza col modello del processo penale, e consentendo un certo margine di discrezionalità sia all'organo accusatore che a quello decisorio<sup>37</sup>.

Ciononostante, le stesse vicende degli *impeachment* presidenziali verificatisi negli Stati Uniti dimostrano che, anche nei casi nei quali era più scoperta la motivazione politica del procedimento, i suoi promotori si sono dati cura di ammantarlo almeno in apparenza di motivazioni giuridiche. Facciamo riferimento ai procedimenti avviati contro Andrew Johnson nel 1868 e Bill Clinton nel 1999, conclusi entrambi con l'assoluzione del Presidente da parte del Senato, che non raggiunse la maggioranza di voti prescritta con riguardo alle accuse mosse (sia pur, nel primo caso, per un margine estremamente limitato). In entrambi i casi le imputazioni principali si basavano sull'accusa di aver violato previsioni di legge<sup>38</sup>, anche se, dietro ai riferimenti formali alla normativa, era agevole cogliere l'intenzione di colpire un Presidente appartenente ad un orientamento politico opposto alla maggioranza congressuale del momento (la situazione abitualmente definita come *divided government*, piuttosto frequente nell'ordinamento statunitense) ed al quale si attribuiva più in generale la colpa eminentemente politica di aver in qualche modo nuociuto col proprio comportamento al prestigio della carica, giustificando così l'*impeachment*, anche in assenza di risvolti penalmente rilevanti, con la compromissione della dignità della presidenza<sup>39</sup>. Per questi motivi l'utilizzo concreto dello strumento ha mostrato una tendenza alla strumentalizzazione politica che, oltre a portare a risultati assai scarsi sul piano pratico (nessun *impeachment* presidenziale si è infatti mai concluso con la condanna e la rimozione), ha fatto sorgere in più casi sospetti di parzialità dello stesso, e con ogni probabilità ha spinto i membri più consapevoli del Senato a votare in modo da evitare uno sconvolgimento istituzionale potenzialmente immenso, come la destituzione di un capo dell'esecutivo dotato comunque di una legittimazione democratica popolare.

Lievemente diverso, in quanto non giunse oltre la fase iniziale davanti alla Camera, ma comunque notevole appare il caso del tentato *impeachment* di Richard Nixon, in conseguenza del c.d. scandalo Watergate nel 1974. Esso risulta degno di nota sia perché fra le imputazioni comparivano, oltre a vere e proprie fattispecie di reato, anche comportamenti penalmente non rilevanti, che tuttavia implicavano

---

<sup>37</sup> Celebre è rimasta la frase dell'allora Rappresentante Gerald Ford, che nel 1970, nel proporre l'*impeachment* del Giudice della Corte Suprema Douglas, sostenne che costituiva un'*impeachable offense* qualsiasi condotta individuata come tale dalla Camera con il concorso del Senato, senza altre specificazioni. La frase è riportata da Berger, *op. cit.*, 53, che la contesta in quanto presupporrebbe un potere congressuale illimitato ed assoluto di individuazione delle fattispecie di responsabilità, poco coerente con l'impianto generale del costituzionalismo americano.

<sup>38</sup> Il Presidente Johnson era accusato di aver volutamente violato una legge (*Tenure of Office Act 1867*), approvata dal Congresso a lui ostile col preciso intento di limitare le prerogative presidenziali di revoca dei titolari di certe cariche a favore del Senato, mentre a Clinton si rinfacciava di aver giurato il falso di fronte ad un *grand jury* federale e di aver ostruito il corso della giustizia, coinvolgendo anche propri collaboratori negli illeciti.

<sup>39</sup> Particolarmente evidente nel caso Johnson che, come ricorda Black, *op.cit.*, 51, era accusato sostanzialmente di "*attempting to bring disgrace and ridicule on Congress-itself a ridiculous charge*".

una violazione dei doveri legati all'ufficio costituzionale di Presidente tale da porre in pericolo l'ordinario processo politico e governativo<sup>40</sup>, confermando quanto detto circa l'estensione relativamente indeterminata dei comportamenti sanzionabili; sia perché confermò il principio per il quale le dimissioni dalla carica del soggetto accusato valgono ad arrestare il procedimento, impedendo l'accertamento definitivo delle sue responsabilità<sup>41</sup>. Quest'ultimo principio, pacifico nell'esperienza statunitense, lo è stato meno, come vedremo, in alcuni casi sudamericani.

In conclusione l'*impeachment* statunitense conserva una natura duplice e flessibile. Pur non essendo qualificabile come un procedimento puramente giurisdizionale e pur lasciando una certa libertà d'azione agli organi costituzionali incaricati della sua attivazione, allo stesso tempo si è dimostrato uno strumento adeguato per lo scopo prefisso<sup>42</sup>, ossia il "controllo dell'integrità costituzionale delle cariche pubbliche", senza sfociare, se non in modo limitato, in abusi a fini di contrasto politico del Presidente da parte del Congresso, secondo i timori di alcuni dei suoi ideatori<sup>43</sup>. Con riguardo, a nostro avviso, un contributo potrebbe derivare dal fatto che il sistema ha predisposto un *corpus* relativamente sviluppato di garanzie procedurali in favore dell'accusato, oltre ad imporre, attraverso la previsione di un'articolata ed importante fase istruttoria, certi *standard* di concretezza dell'accusa, tali da porre un freno ai tentativi di rimozione più scopertamente politici e non fondati su condotte effettivamente illecite.

2015

### 2.3. La migrazione dell'impeachment negli ordinamenti latinoamericani: il juicio político e le sue varianti

Se dunque negli Stati Uniti l'*impeachment* ha fatto la sua parte per assicurare l'equilibrio fra poteri, garantendo al legislativo il potere di controllare l'azione dell'esecutivo solo entro limiti teoricamente ben definiti, quali sono stati i suoi effetti nelle altre realtà che lo hanno accolto? Questo perché l'*impeachment* ed altre forme di accusa analoghe nei confronti dei titolari di cariche pubbliche sono ormai divenuti una caratteristica ricorrente in molti ordinamenti odierni, sia in quelli di natura presidenziale che in quelli parlamentari<sup>44</sup>; e, come si è anticipato, nell'area latinoamericana la recezione del modello è stata particolarmente pronta.

<sup>40</sup> Lo evidenzia Oliviero, *op. cit.*, 114 ss.

<sup>41</sup> Per esempi precedenti a quello di Nixon si veda Carlassare, *op. cit.*, 481 s. Nel 1876, tuttavia, come ricorda Oliviero, *op. cit.*, 91, il Senato aveva rivendicato la potestà di valutare discrezionalmente come agire in caso di dimissioni dell'accusato, indicando una serie di ragioni passibili di giustificare comunque il proseguimento del procedimento.

<sup>42</sup> Arrestando la sua analisi al caso Johnson, Negri, *op. cit.*, 251, individua la sua conseguenza indiretta nell'"incidenza che può dirsi soltanto negativa, ma tuttavia rilevantissima, dell'istituto dell'*impeachment*, o meglio della sua scarsa applicazione nel sistema statunitense".

<sup>43</sup> Queste le riflessioni di Oliviero, *op. cit.*, 160, che a sua volta prediceva, sulla scia del caso Clinton, che in future situazioni di tensioni istituzionale e *divided government* la tentazione di avvalersi del meccanismo come arma politica avrebbe potuto rafforzarsi.

<sup>44</sup> Una breve rassegna e classificazione dei meccanismi costituzionali di questo tipo nei vari Paesi, con riferimento agli organi competenti ed alle maggioranze parlamentari richieste per muovere l'accusa e giungere alla decisione, si rinviene in N. Kada, *Comparative Presidential*

Sin quasi dal periodo immediatamente successivo all'indipendenza, conseguita nei primi decenni del XIX secolo, gran parte delle costituzioni dell'America Centrale e Meridionale hanno previsto forme di responsabilizzazione, a metà fra l'ambito politico e quello penale, del Presidente della Repubblica e di altri funzionari pubblici<sup>45</sup>. Il modello prescelto era, con ogni evidenza, quello offerto dall'*impeachment* statunitense, dato che quell'ordinamento aveva già fornito diversi elementi di ispirazione ai redattori delle nuove costituzioni, dal federalismo prescelto da vari Stati di nuova indipendenza alla forma di governo presidenziale di adozione pressoché generale. Esso andava però ovviamente ad inserirsi in un contesto molto diverso da quello originario.

Oltre al problema del possibile sostrato costituito da esperienze politico-istituzioni precedenti all'indipendenza, che secondo alcuni avrebbero lasciato il segno anche in seguito<sup>46</sup>, si poneva la questione dell'adattamento di un concetto tipico del diritto pubblico di matrice anglosassone in ordinamenti che invece continuavano ad appartenere alla famiglia di *civil law*. Anche laddove l'impalcatura costituzionale adottata ricalcava più strettamente l'esempio nordamericano, fattori giuridici, politici, storici e culturali fecero sì che il trapianto non fosse privo di manifestazioni di rigetto, dando luogo sia a distorsioni chiaramente autoritarie dei concetti importati che a loro rielaborazioni *in loco*, a volte non prive di sviluppi originali<sup>47</sup>.

---

*Impeachment: Conclusions*, in Baumgartner, Kada, *op. cit.*, 139 ss., anche se limitatamente all'istituto dell'*impeachment* del Capo dello Stato repubblicano. Sulla circolazione del modello originario in altri sistemi si sofferma Negri, *op. cit.*, 240 s., che individua tre modelli attualmente esistenti: 1) formulazione delle accuse contro il titolare della carica affidata al Parlamento, giudizio affidato al giudice supremo o costituzionale (es. Italia, Austria, Belgio, Paesi Bassi); 2) accusa di competenza parlamentare, giudizio rimesso ad un organo giudicante costituito *ad hoc* (es. Norvegia, Finlandia, Francia); 3) *impeachment* vero e proprio, distinguibile fra modello parlamentare inglese e modello presidenziale statunitense; quest'ultimo a sua volta ha esercitato una forte influenza su ordinamento federali extraeuropei, come Brasile e Argentina.

<sup>45</sup> A volte con una coerenza sorprendente nel tempo: si veda l'esempio peruviano esaminato da M. A. García Chávarri, *Juicio político, antejuicio y acusación constitucional en el sistema de gobierno peruano*, in *Revista Jurídica Cajamarca*, ANO V - NÚMERO 14 - 2004 Lima, Perú, 6 ss. (reperibile all'indirizzo [www.derechoycambiosocial.com/rjc/revista14/REVISTA.htm](http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/revista14/REVISTA.htm), consultato il 18 febbraio 2019), che mostra come, in una forma o nell'altra, un qualche tipo di procedimento di accusa sia sempre stato previsto dalle Costituzioni del Perù indipendente, nonostante il gran numero e la durata perlopiù effimera nel tempo di queste.

<sup>46</sup> Qualcuno, ad esempio, rintraccia un precedente del giudizio d'accusa presidenziale nell'istituto, risalente all'epoca coloniale spagnola, del *Juicio de Residencia*, mediante il quale i Viceré, al termine del loro mandato, venivano chiamati dalle autorità locali a rendere conto del loro operato. Ne parla F. J. Eguiguren Praeli, *Antejuicio y Juicio Político en el Perú*, in *Pensamiento Constitucional Año XIII N° 13*, 113 s. (reperibile all'indirizzo [revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/1963](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/1963), consultato il 18 febbraio 2019), rifacendosi a Valle-Riestra González Olaechea, Javier, 2004, *La Responsabilidad Constitucional del Jefe de Estado*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 130 ss., il quale sottolinea comunque la scarsa efficacia pratica del giudizio citato.

<sup>47</sup> Così M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 177, che nota come l'adozione del modello costituzionale statunitense fu inquinata dalla tendenza endemica al *caudillismo*, e come allo stesso tempo diversi giuristi sudamericani dell'800 (Bello, Vélez Sarsfield, Teixeira de Freitas) si segnalino



Uno degli aspetti a questo proposito più interessanti riguarda certamente la nuova denominazione che lo strumento ha ricevuto in America Latina, ossia “*juicio político*” (o sue variazioni)<sup>48</sup>.

Nel tradurre infatti la parola *impeachment*, propria di un ordine concettuale assai differente da quello al quale erano abituati, i redattori delle costituzioni latinoamericane dovettero infatti sforzarsi di cercare un termine equivalente che esprimesse un significato analogo nel proprio linguaggio giuridico<sup>49</sup>. Tale locuzione pare indicativa, forse ancor più rispetto all’originale nordamericano, del modo in cui l’istituto era destinato ad essere inteso nella nuova realtà, ossia come un procedimento di stampo sostanzialmente giurisdizionale; un giudizio appunto, ma avente spiccati connotati politici e condotto da un organo politico<sup>50</sup>, la cui funzione principale, esplicitamente enunciata, era quella di far valere la responsabilità politica del soggetto titolare di un ufficio pubblico, chiamato a rispondere della propria condotta illecita nell’esercizio delle funzioni attraverso sanzioni politiche.

Sembra così delinearsi ancora una figura sfuggente, che, pur presentando una “*clara naturaleza política*” e pur perseguendo finalità “*de absoluta materia política*”<sup>51</sup>, allo stesso tempo partecipa di alcune formalità proprie del procedimento giurisdizionale, condivide con esso parte della terminologia ed è concepito come risposta ad infrazioni penalmente rilevanti, alle quali si può porre rimedio adeguato solo mediante la destituzione o l’interdizione dalla carica dell’accusato<sup>52</sup>.

---

per la pregevolezza dei loro contributi teorici, che rielaboravano in modo innovativo modelli europei e nordamericani. Come è stato autorevolmente sostenuto, sulle vicende costituzionali latinoamericane ha pesato anche l’influenza del pensiero e della prassi bolivariana, per le quali l’equilibrio istituzionale doveva essere sbilanciato a favore dell’esecutivo: cfr. G. Lombardi, *El pensamiento constitucional de Bolívar entre el constitucionalismo de la restauración y el constitucionalismo del progreso*, in *Simposio Italo-Colombiano. Pensamiento constitucional de Simón Bolívar*, Bogotá, 1983; cui, adde, G. Guidi, *I sistemi a preponderanza presidenziale*, Rimini, 2000, 43.

<sup>48</sup> Si veda ad esempio l’*antejuicio* peruviano, che tuttavia, come esporremo nell’analisi dedicata a quell’ordinamento, differisce dal modello “puro” del *juicio político* per alcuni caratteri.

<sup>49</sup> In particolare G. García Belaunde, *¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?* *Revista Jurídica del Perú*, 55 (2004), p. 81. Lima: Editorial Normas Legales, citato da O. Cairo Roldán, *El juicio político en la Constitución peruana*, in *Pensamiento Constitucional* N° 18, 2013, pp. 121-143 / ISSN 1027-6769, reperibile all’indirizzo [revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/.../9359](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/.../9359), consultato il 18 febbraio 2018, fa risalire l’origine del termine alle traduzioni dei commentari di Story alla Costituzione degli Stati Uniti operate in Argentina ed in Messico nella seconda metà dell’800.

<sup>50</sup> Ad esempio, con riguardo all’ordinamento argentino, D.-E. Balbuena Pérez, *El juicio político en la Constitución paraguaya y la destitución del Presidente Fernando Lugo*, in UNED. *Revista de Derecho Político* N.º 87, mayo-agosto 2013, pags. 355-398, 367, osserva come ivi il *juicio político* “*No es un proceso penal ni judicial porque se sustancia ante un órgano político*”, anche se la dottrina ha ritenuto che il suo svolgimento implichi il necessario rispetto delle norme sul giusto processo.

<sup>51</sup> García Chávarri, *op. cit.*, 2.

<sup>52</sup> Eguiguren Praeli, *op. cit.*, 112: “*La finalidad del impeachment era lograr que el parlamento pueda disponer la destitución del alto funcionario y su inhabilitación para el desempeño de la función pública*”.

Tuttavia, oltre al nome, l'*impeachment* avrebbe conosciuto nel resto del continente americano mutamenti significativi, riguardanti il procedimento stesso e le ipotesi di responsabilità. Nella prossima sezione procederemo perciò a verificare come l'archetipo sia stata tradotto nella pratica, attraverso uno sguardo più attento ad alcuni fra i principali esempi costituzionali di *juicio político* ed alle loro caratteristiche, abbozzando anche tentativi di confronto e classificazione.

### 3. Le previsioni costituzionali in tema di *impeachment* presidenziale nelle diverse costituzioni latinoamericane

#### 3.1. Tentativi di classificazione e comparazione: osservazioni terminologiche e profili di interesse

Meccanismi di rimozione istituzionalizzata del Capo dello Stato sono previsti, sostanzialmente, in tutte le costituzioni dell'area latinoamericana<sup>53</sup>.

Anzitutto si osserva come queste ultime si inseriscano, in misura più o meno spiccata a seconda dei loro caratteri, nella famiglia degli ordinamenti presidenziali<sup>54</sup>, e come ciò costituisca, secondo quanto detto poco sopra, una ragione significativa per l'introduzione di detti meccanismi. L'esempio prescelto è quello della Costituzione degli Stati Uniti non solo per via del prestigio della quale essa ha goduto per lungo tempo nei Paesi latinoamericani, ma anche perché, dal punto di vista eminentemente pratico, è stata la prima carta costituzionale delineare un sistema di governo presidenziale, modello del quale costituisce ancora l'esempio più noto e rilevante di organizzazione e bilanciamento dei poteri, attraverso il complesso sistema di pesi e contrappesi escogitato dai suoi redattori per assicurarne la stabilità e che comprende anche l'*impeachment*. Si può ipotizzare (anche se l'argomento richiederebbe di per sé un'indagine più approfondita) che il modello rappresentato dall'*impeachment* statunitense, nella sua importanza, sia suscettibile di rappresentare, almeno in parte, un modello *lato sensu* "prescrittivo" nei confronti dei suoi imitatori, per i quali rappresenterebbe un termine di

<sup>53</sup> Ovviamente non è nostra pretesa procedere ad una ricognizione completa delle previsioni vigenti in un numero così significativo di ordinamenti, quindi procederemo ad una selezione. Indicativamente, ci concentreremo maggiormente sulle costituzioni degli Stati sudamericani, poiché è da quell'area che provengono gli esempi sui quali ci soffermeremo con attenzione nella seconda parte dell'elaborato; tuttavia non mancheranno anche richiami alle carte centroamericane.

<sup>54</sup> Ossia, come li definisce Kim, *op. cit.*, 524, sistemi "*where the president is the head of government and is elected for a constitutionally stipulated term by popular vote.*" Alle varie tipologie di presidenzialismo riscontrabili in America Latina secondo la dottrina accenneremo nella sezione successiva, ma sin da ora vale la pena di ricordare, come autorità fondamentali in materia, il classico K. Loewenstein, *The Presidency Outside the United States: A Study in Comparative Political Institutions*, in *The Journal of Politics*, Vol. 11, No. 3 (Aug., 1949), pp. 447-496, nonché, in una prospettiva più recente, le dettagliate classificazioni elaborate da J. Carpizo, *Propuesta de una tipología del presidenzialismo latinoamericano*, DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, reperibile all'indirizzo [archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3634/3.pdf](http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3634/3.pdf), consultato il 10 aprile 2019, 3-57.

paragone difficilmente eludibile, almeno nel suo contenuto minimo essenziale. Quest'ultimo potrebbe essere identificato nella predisposizione di un procedimento speciale di accusa e rimozione presidenziale, di competenza prevalentemente o totalmente parlamentare, ispirato a criteri decisionali prevalentemente politici ma con la previsione di fattispecie di responsabilità presidenziale più o meno formalizzate.

Si tratta adesso di verificare sinteticamente quali adattamenti ed evoluzioni abbia subito questo modello primario nelle altre realtà; per fare ciò, procederemo a delineare i connotati più significati e ricorrenti dei vari testi costituzionali, confrontandoli fra loro e con l'esempio "madre" statunitense, senza ignorare che, almeno per alcuni ordinamenti, le differenze possono anche essere significative ed andare oltre il citato contenuto "minimo" della nozione<sup>55</sup>.

Cominciando anzitutto con una nota terminologica, si osserva come in varie delle costituzioni prese in esame ricorra il termine *juicio político*: l'espressione compare nelle carte di Ecuador (art. 129, accanto all'equivalente "*enjuiciamiento político*"), Honduras (art. 205 e 234), Messico (artt. 74, 76, 109, 110), Paraguay (art. 225), Uruguay (art. 102). Nella maggior parte delle costituzioni latinoamericane si menzionano invece più genericamente i concetti di "accusa" e "giudizio" del Capo dello Stato (si vedano ad esempio la Costituzione argentina, artt. 53 e 59, o quella cilena, artt. 52-53), da interpretarsi ad ogni modo come sinonimi di *impeachment*, specie quando si tratti di procedimenti di ambito esclusivamente o prevalentemente parlamentare. In alcuni di questi casi, tuttavia, il riferimento è da intendersi nel senso di un processo penale vero e proprio, come vedremo a breve. In modo peculiare, infine, la Costituzione brasiliana sposta l'accento non sul processo ma sul suo oggetto, definendo le condotte passibili di dare luogo alla messa in stato di accusa come *crimes de responsabilidade* (artt. 51, 85, 86), nozione che si configura come l'equivalente portoghese dell'inglese *impeachable crimes*.

Venendo agli aspetti più propriamente istituzionali, si cercherà invece di ricostruire le principali tipologie di *juicio/impeachment* e le loro differenze seguendo un approccio schematico. In altri parole, si procederà ad esaminare globalmente (con riferimenti più precisi a qualche esempio specifico) quattro aspetti della disciplina che ricorrono in ogni ordinamento, gli stessi trattati a proposito degli Stati Uniti, ossia i soggetti che possono essere sottoposti al procedimento di accusa e rimozione, le condotte suscettibili di dare luogo al procedimento, le sanzioni irrogabili attraverso quest'ultimo e la disciplina del procedimento stesso, con la previsione di vari modelli, la suddivisione in fasi successive, l'intervento di organi diversi e le maggioranze richieste.

### 3.1.a) I soggetti del procedimento: il Capo dello Stato

Partendo dal primo dei citati aspetti, quello soggettivo, si ricorda che questo elaborato intende concentrarsi sulla figura del Presidente della Repubblica, per cui

---

<sup>55</sup> Per i testi delle costituzioni faremo riferimento alle versioni ufficiali in lingua originale reperibili nei siti internet delle varie istituzioni. Per traduzioni aggiornate in inglese si rimanda dal sito [www.constituteproject.org/](http://www.constituteproject.org/).

non vale la pena di soffermarsi in dettaglio anche su altri soggetti. Basti qui ricordare, da una parte, che nelle realtà considerate il Capo dello Stato è sempre passibile di forme di rimozione procedimentalizzate sulla base di una sua “responsabilità” (da specificare), dall’altra che sovente il procedimento di *impeachment* si estende anche ai titolari di altre cariche pubbliche, come i ministri o i componenti dell’organo giurisdizionale supremo<sup>56</sup>.

*3.1.b) L’oggetto del procedimento: le condotte suscettibili di impeachment. Fattispecie tipizzate vs clausole generali. Il carattere più o meno politico della responsabilità e le sue implicazioni per la forma di governo*

Passando ad esaminare il secondo profilo, definibile come oggettivo, si possono riscontrare scelte di diverso tipo, più o meno avvicinabili all’archetipo statunitense.

Alcune costituzioni latinoamericane spiccano per la relativa precisione con la quale tentano di delineare le tipologie di condotte sanzionabili, prevedendo vere e proprie liste di fattispecie che hanno però carattere perlopiù esemplificativo e contengono a volte espresse clausole di chiusura che rinviano ad ulteriori comportamenti non espressamente menzionati, consentendo quindi di reagire anche a violazioni non tipizzate e difficilmente prevedibili, data la grande varietà di forme che queste possono assumere in concreto e la necessità di farvi fronte in maniera flessibile<sup>57</sup>. Più in generale, tuttavia, sembra prevalere il ricorso a formule ed a clausole generali, che si limitano ad indicare, sull’esempio degli *high crimes and misdemeanors* americani, modelli assai vaghi di condotta, contenitori vuoti e sufficientemente elastici da potervi far rientrare un gran numero di azioni e comportamenti senza bisogno di specificarli preventivamente, purché siano riconducibili a quella nozione generale.

Osservando varie costituzioni, alcune figure sono ricorrenti: la violazione della carta fondamentale stessa o della legge<sup>58</sup>, l’abuso dei poteri presidenziali costituzionalmente garantiti<sup>59</sup>, l’attentato all’indipendenza, alla sovranità nazionale e a nozioni analoghe<sup>60</sup>, la violazione di diritti fondamentali od altri

<sup>56</sup> Si vedano, per fare solo un paio di esempi, le lunghe liste di figure istituzionali suscettibili di giudizio ai sensi delle Costituzioni di Paraguay (art. 225, 1° comma) e Venezuela (art. 266, nn. 2-3).

<sup>57</sup> Ne sono esempi le Costituzioni di Brasile (art. 85, dove dapprima si menziona la categoria generale degli “*atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal*”, ulteriormente specificata dalle sette voci successive), Costa Rica (art. 149, con riferimento alla responsabilità congiunta del Presidente e di un ministro), Ecuador (artt. 129-130), Panama (art. 191, che utilizza una formula espressamente restrittiva della responsabilità alle fattispecie menzionate, sia pur alquanto ampie), Perù (art. 117, sempre in tono notevolmente restrittivo).

<sup>58</sup> Di “*violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales*” parla l’art. 110, 2° comma della Costituzione messicana. La Costituzione uruguayana la menziona assieme a “*otros delitos graves*” (art. 93), lasciando intendere che debba trattarsi di violazioni di una certa gravità per ricadere nel campo della fattispecie.

<sup>59</sup> Cost. Ecuador, art. 130, n. 1; Cost. Panama, art. 191, n. 1.

<sup>60</sup> Cost. Brasile, art. 85, I (“*a existência da União*”); Cost. Costa Rica, art. 149, n. 1 (“*la libertad, la independencia política o la integridad territorial de la República*”); Cost. Perù, art. 117 (“*traición a la patria*”).

principi giuridici di base dell'ordinamento<sup>61</sup>, nonché altri tipi di comportamenti che minacciano l'equilibrio istituzionale o la separazione dei poteri, come il turbamento del regolare processo elettorale<sup>62</sup>, l'illegittimo scioglimento del Parlamento<sup>63</sup> etc.

In molti casi si fa genericamente riferimento alla commissione di reati nell'esercizio delle proprie funzioni<sup>64</sup> (laddove, quanto ai reati comuni, il rinvio implicito è alle fattispecie penali ordinarie, come del resto fa la stessa Costituzione degli USA nel menzionare le figure di *treason* e *bribery*<sup>65</sup>), in altri, più rari, si contempla la nozione di cattivo esercizio delle funzioni presidenziali<sup>66</sup>. La differenza fra una previsione e l'altra può sembrare lieve, ma in realtà si tratta di scelte che rivelano concezioni ben diverse del concetto di responsabilità presidenziale e della natura e funzione del *juicio político*, come si è cercato di illustrare in precedenza con riguardo al dibattito statunitense sulla caratterizzazione dell'*impeachment*.

Difatti, se si afferma che il Presidente può essere posto sotto accusa e rimosso per aver commesso un reato nell'esercizio della propria carica si pongono comunque dei limiti a tale possibilità, nel senso che occorre dimostrare che egli ha posto in essere un comportamento riconducibile in modo più o meno preciso ad una certa fattispecie penale che, per quanto flessibile non può essere allargata in modo indefinito per accogliere qualsiasi comportamento. In altre parole, il procedimento non può essere attivato a piacimento, ma solo in presenza di un presupposto relativamente determinato. Ciò significa che, per procedere legittimamente, l'assemblea parlamentare o l'organo comunque incaricato di muovere l'accusa e decidere non può agire per motivi esplicitamente politici, senza asserire la violazione di un parametro normativo più o meno determinato, e che il ragionamento che conduce alla decisione dovrà basarsi su argomentazioni

---

<sup>61</sup> In Brasile si garantisce una particolare tutela all'esercizio dei diritti politici, individuali e sociali, al buon funzionamento dell'amministrazione ed all'esecuzione di leggi e sentenze (art. 85, III, V, VII, Cost.).

<sup>62</sup> Così a Panama il Presidente può essere accusato "*Por actos de violencia o coacción en el curso del proceso electoral; por impedir la reunión de la Asamblea Nacional; por obstaculizar el ejercicio de las funciones de esta o de los demás organismos o autoridades públicas que establece la Constitución*" (art. 191, n. 2 Cost.); simili previsioni si rinvengono anche in Perù (art. 117 Cost.) e Costa Rica (art. 149 Cost.).

<sup>63</sup> Ad esempio in Perù, dove al Capo dello Stato è consentito di procedere allo scioglimento solo nei casi e con i limiti di cui all'art. 134 (art. 117 Cost.), incorrendo altrimenti in una responsabilità giuridicamente e politicamente rilevante.

<sup>64</sup> Si vedano, fra i tanti, i casi di Argentina (art. 53 Cost., dove si distingue fra questi ed i delitti comuni) e Bolivia (art. 184, n. 4 Cost.).

<sup>65</sup> Interessante il caso della Costituzione ecuadoregna, che all'art. 129 elenca specifiche fattispecie di reato imputabili al Capo dello Stato, fra le quali spiccano, oltre ai delitti contro la sicurezza statale ed a quelli di tipo corruttivo, "*delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia*", pratiche assai frequenti nell'America Latina del recente passato che si vogliono esplicitamente sanzionare con la perdita della carica da parte di chi le commette.

<sup>66</sup> Si vedano ad esempio, le carte di Argentina (art. 53, "*por mal desempeño [...] de sus funciones*"), Honduras (art. 234, "*manifiesta negligencia, incapacidad o incompetencia para el desempeño del cargo*") e Paraguay (art. 225, 1° comma, "*mal desempeño de sus funciones [...]*").

giuridiche e non di opportunità politica. Al contrario, il richiamo a nozioni come quelle di cattivo esercizio del potere, incompetenza, negligenza etc.<sup>67</sup> conferisce, in linea di principio, maggiore discrezionalità all'accusatore ed al giudice, specie se si tratta di organi squisitamente politici, poiché rappresentano concetti molto più flessibili e passibili di un'interpretazione soggettiva, politica appunto. In base a che cosa la maggioranza del momento può giudicare se la politica di un Presidente è condivisibile o meno, se non alle proprie opinioni e convinzioni politiche?

Si tratta, a ben vedere, dello stesso dilemma che aveva attanagliato la Convenzione Costituzionale statunitense nel 1787, come riferito nella sezione precedente. Già in quella sede ci si rendeva conto che ampliare a dismisura il novero delle fattispecie *impeachable* rischiava di avere l'effetto indesiderato di legare la permanenza in carica del Presidente a decisioni discutibili, e persino arbitrarie, del Congresso, abilitato a decidere di volta in volta, potenzialmente senza alcun controllo, se sussistessero i presupposti per l'*impeachment* e capace quindi di imporre la propria volontà al capo dell'esecutivo, rendendolo di fatto responsabile nei propri confronti. Il rischio, già così chiaro all'epoca, era quello di uno stravolgimento surrettizio dei canoni del presidenzialismo, e la maggioranza delle costituzioni latinoamericane sembrano averlo in linea di principio colto.

Tutte le carte in questione tendono, almeno in teoria, ad assicurare la separazione fra poteri, eliminando o limitando fortemente meccanismi *latu senso* parlamentari come la mozione di sfiducia o lo scioglimento anticipato e proclamando apertamente che il Presidente non è responsabile per gli atti collegati alle sue funzioni, salve le eccezioni tassativamente previste, e che non può essere giudicato per decisioni che rientrano nell'ambito della sua discrezionalità politica<sup>68</sup>. Non mancano, tuttavia, anche esempi opposti<sup>69</sup>, che potrebbero configurare spazi in linea di principio ampi di responsabilità politica da far valere attraverso l'apposito giudizio.

### 3.1.c) Le sanzioni irrogabili: sanzioni politiche e (eventualmente) penali

Il terzo profilo di nostro interesse, significativo quanto alle sue implicazioni per la natura e l'utilizzo del *juicio*, è la questione delle sanzioni applicabili, che divergono a seconda del tipo di procedimento prescelto.

Quando la fase parlamentare è semplicemente un preludio al processo penale (come si illustrerà a breve, questo è il caso di alcuni ordinamenti), si applicano le pene previste dalla legge per le fattispecie oggetto dell'accusa. Quando invece siamo di fronte ad esempi di *juicio político* "puro" la sanzione è solitamente una sola, quella della rimozione dalla carica del titolare "condannato", accompagnata, in

<sup>67</sup> Ma si vedano anche le menzioni di concetti come quelli di compromissione grave dell'onore nazionale (Cost. Cile, art. 52, n. 2, lett. a) o di "*indignidad por mala conducta*" (Cost. Colombia, art. 175, n. 2), tutt'altro che facili da definire in modo oggettivo.

<sup>68</sup> Ad esempio, la Costituzione messicana specifica (art. 109, I) che "*No procede el juicio político por la mera expresión de ideas*"; la Costituzione panamense (art. 163, n. 10) vieta all'Assemblea Nazionale di votare mozioni di approvazione o censura degli atti presidenziali.

<sup>69</sup> Es. Cost. Colombia, art. 198 ("*El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable de sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes*"), o Costa Rica, art. 148.

alcuni sistemi che si ispirano particolarmente al modello statunitense, da sanzioni accessorie come l'interdizione temporanea o perpetua dai pubblici uffici o la perdita dei diritti politici<sup>70</sup>. Come si è visto, la Costituzione degli USA precisa espressamente che la sottoposizione ad *impeachment* di un funzionario pubblico non impedisce che lo stesso sia anche incriminato penalmente se i fatti contestatigli assumono una rilevanza penale, e questa previsione è stata fatta propria anche da alcune costituzioni dell'America Latina, che si premurano di separare i due ambiti ed assicurare che i due procedimenti, quello parlamentare e quello giurisdizionale, abbiano vita autonoma<sup>71</sup>.

Si conferma che la funzione primaria dell'*impeachment/juicio político* è quella di reagire ad abusi che non necessariamente hanno la natura di reati, per i quali il rimedio migliore è l'allontanamento dalla carica dell'individuo che ha esercitato i propri poteri in modo distorto ed il successivo divieto di ricoprire nuove cariche od uffici, mentre i rimedi penali sono applicabili solo se ricorrono i profili tassativi di una certa fattispecie ed in ogni caso risultano meno spediti ed efficaci, richiedendo maggiori garanzie dato il diverso bene giuridico che viene in gioco (la libertà personale *vs* la titolarità di una carica politica). In definitiva, la rimozione del Presidente rappresenta un sanzione strettamente politica, anche se il procedimento mediante il quale viene irrogata assume forme paragiurisdizionali al fine di controllarne l'uso<sup>72</sup>. Il collegamento della sanzione all'azione politica dell'accusato è evidenziato anche dal fatto che diversi testi si preoccupano di imporre dei termini per l'esercizio dell'accusa, individuandoli nella durata del mandato del titolare e, al più, nel periodo immediatamente successivo alla cessazione dalla carica, ma sempre entro limiti relativamente stringenti<sup>73</sup>, nonché, in pochi ma significativi casi<sup>74</sup>, dalla previsione della sospensione dalla carica del funzionario messo sotto accusa, al fine evidente di impedirgli di fare un uso indebito a proprio vantaggio delle attribuzioni costituzionali finché il procedimento è in corso<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> Art. 60 Cost. Argentina (la cui formulazione ricorda strettamente l'art. I, sez. 3, 6° comma della Cost. USA); art. 52, paragrafo unico Cost. Brasile (interdizione per otto anni dall'esercizio di funzioni pubbliche); Cost. Cile, art. 53, n. 1 (interdizione quinquennale da cariche pubbliche elettive o meno); Cost. Colombia, art. 175, n. 2 ("*privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos*").

<sup>71</sup> Art. 60 Cost. Argentina (come *supra*); art. 80 Cost. Rep. Dominicana.

<sup>72</sup> In certe realtà si cerca di prevedere alcune garanzie a favore dell'accusato modellate su quelle proprie dell'imputato, come la pubblicità del giudizio (Cost. Bolivia, art. 184, n. 4), la previa audizione dell'interessato (Cost. Messico, art. 110, 4°-5° comma), l'assistenza di un legale (Cost. Perù, art. 100, 2° comma). In Argentina, al pari che negli Stati Uniti, il Presidente della Corte Suprema è chiamato a presiedere il Senato in caso di giudizio a carico del Presidente per garantire maggior imparzialità ed equilibrio del procedimento (art. 59 Cost.).

<sup>73</sup> Fino a sei mesi dopo la scadenza del mandato in Cile (art. 52, n. 2, lett. aCost.) ed Uruguay (art. 172, 1° comma Cost.); quattro anni in Costa Rica (art. 150 Cost.); cinque anni in Perù (art. 99 Cost.).

<sup>74</sup> Brasile, art. 86, parr. 1 s. Cost. (ma solo per 180 giorni); Colombia, art. 175, n. 1 Cost.; Costa Rica, art. 121, n. 10 Cost.; Rep. Dominicana, art. 83 Cost.; Perù, art. 100, 1° comma Cost. (a discrezione del Congresso); Uruguay, art. 172, 2° comma Cost..

<sup>75</sup> Peraltro, già negli Stati Uniti si era posto il problema della sospensione o meno del Presidente *impeached*: come osserva Oliviero, *op. cit.*, 82, nota 55, lo stesso Madison si opponeva

3.1.d) *Il procedimento: impeachment parlamentare vs impeachment giurisdizionale e le rispettive varianti e differenze. I titolari dell'iniziativa e le maggioranze richieste*

Infine, occorre considerare il procedimento stesso, il profilo forse più complesso dell'analisi per le sue molteplici sfaccettature.

In primo luogo, una distinzione fondamentale è quella che attiene ai soggetti competenti ad attivare e condurre a termine il procedimento. La letteratura in materia individua due forme principali: quella dell'*impeachment* "parlamentare" e quella dell'*impeachment* "giudiziale", alle quali si possono aggiungere ulteriori varianti<sup>76</sup>.

La prima segue più strettamente il modello nordamericano, che attribuisce un ruolo esclusivo alle assemblee parlamentari, senza coinvolgere altri organi ed istituzioni, ed appare essere non a caso quella prevalente in America Latina: le costituzioni di Argentina, Brasile, Cile, Colombia, Messico, Panama, Paraguay, Perù, Repubblica Dominicana, Uruguay sono forse quelle maggiormente degne di nota in questa prima categoria. All'interno di questa classe variegata e numerosa si riscontrano ulteriori suddivisioni, fra le quali risalta in particolare quella fra sistemi bicamerali ed unicamerali.

Nel primo caso (es. Argentina, Brasile, Cile, Colombia, Messico, Paraguay, Uruguay<sup>77</sup>) le somiglianze con il prototipo statunitense sono particolarmente spiccate, perché tipicamente si riscontra una suddivisione di funzioni fra la camera bassa, deputata a formulare ed approvare i capi di accusa sui quali verterà il procedimento (come la Camera dei Rappresentanti nordamericana), e la camera alta, la quale, sulla scia del Senato degli Stati Uniti, funge da corpo giudicante<sup>78</sup>.

La seconda situazione si rinviene, naturalmente, in Paesi la cui architettura costituzionale prevede l'esistenza di un'unica assemblea parlamentare: fra gli esempi principali si annoverano Honduras, Panama, Perù<sup>79</sup>. In questi casi le funzioni succitate sono organizzate secondo uno schema diverso da quello bicamerale classico: cosicché, ad esempio, in Perù l'accusa rientra nelle competenze della Commissione Permanente<sup>80</sup>, mentre il *plenum* del Congresso della Repubblica è chiamato a giudicare, senza la partecipazione della Commissione stessa (artt. 99-

---

a tale prospettiva, ritenendola pericolosa dal punto di vista dell'equilibrio istituzionale ed in contrasto con la presunzione di non colpevolezza.

<sup>76</sup> A fini classificatori teniamo conto soprattutto della sistematizzazione operata da Kada, *Comparative Presidential Impeachment: Conclusions*, cit., 142, che distingue fra "*legislature-dominant systems*", "*mixed systems*" (che vedono la partecipazione al procedimento di "*a judicial body as well as the legislature*") ed un terzo insieme comprendente i sistemi dove "*mechanisms of direct democracy (plebiscite, referendum) and other means are used*".

<sup>77</sup> Cost. Argentina, artt. 53, 59; Cost. Brasile, artt. 52-53; Cost. Cile, artt. 52-53; Cost. Colombia, artt. 174 e 178, 3° comma; Cost. Messico, artt. 74, V, 76, VII; Cost. Paraguay, art. 225; Cost. Uruguay, artt. 93 e 102.

<sup>78</sup> La Costituzione messicana vigente all'art. 110, 5° comma specifica che la Camera dei Senatori, al momento della decisione sulle accuse, si trasforma in "*Jurado de sentencia*", rimarcando il ruolo paragiurisdizionale che le viene attribuito in questo frangente. Una formula analoga si riscontra all'art. 53, n. 1 della Costituzione cilena.

<sup>79</sup> Cost. Honduras, artt. 205, 234; Cost. Panama, art. 160; Perù, art. 99-100.

<sup>80</sup> Organismo ristretto istituito in seno al Congresso e disciplinato dall'art. 101 della Costituzione peruviana, che gli conferisce varie attribuzioni.



100). Nella Costituzione honduregna (art. 234), invece, si parla di una Commissione Speciale incaricata di presentare i risultati delle proprie indagini al Congresso Nazionale (svolgendo così un ruolo simile alla commissione istruttoria nell'esperienza statunitense), che deciderà se procedere all'*impeachment* ed alla rimozione<sup>81</sup>. Particolare il caso dell'Ecuador, dove il potere di *impeachment* e di rimozione spetta all'Assemblea Nazionale (art. 129, 1° comma Cost. 2008), ma perché essa possa procedere occorre prima una decisione di ammissibilità da parte della Corte Costituzionale (2° comma), che viene così ad esercitare una forma di controllo sulle azioni dell'organo legislativo.

Si prefigura una forma di collaborazione fra poteri che rimanda alla successiva categoria di procedure, quelle che, come accennato, implicano la partecipazione del potere giudiziario accanto a quello legislativo. Di quest'ultima sono esempi, fra i tanti, i procedimenti di *impeachment* disciplinati dalle carte costituzionali di Bolivia, Costa Rica, Nicaragua, Venezuela<sup>82</sup>. Anche nell'ambito di questa categoria si riscontrano varianti a seconda dell'ordinamento.

In diversi casi ad una prima fase di competenza parlamentare che termina con la decisione di porre in stato di accusa il Capo dello Stato<sup>83</sup> segue un successivo stadio consistente nel giudizio vero e proprio, il quale si svolge davanti al giudice supremo. La scansione binaria è simile a quella che si ha in procedimenti esclusivamente parlamentari, ma la seconda fase vede mutare l'istituzione protagonista. L'affidamento di un compito del genere al vertice del sistema giudiziario dell'ordinamento rinvia a considerazioni già fatte sulla natura dell'*impeachment/juicio político* come strumento inevitabilmente partecipe di caratteri sia politici che giurisdizionali<sup>84</sup>, e per quanto, ovviamente, non si possa parlare di una totale giurisdizionalizzazione del procedimento (che continua a vedere una significativa partecipazione del Parlamento, al quale spetta la valutazione dei fatti e la decisione fondamentale sulla messa in stato di accusa),

---

<sup>81</sup> Peraltro, la disciplina honduregna del *juicio político* ha conosciuto vicende altalenanti. Il testo originario del 1982 prevedeva un potere di accusa del Congresso Nazionale davanti alla Corte Suprema, ma questa ambigua procedura fu eliminata da un emendamento del 2003, lasciando una situazione di incertezza dei rapporti fra poteri dello Stato che favorì la rimozione del Presidente Zelaya da parte della Corte e del Congresso mediante un procedimento *extra ordinem* durante la crisi costituzionale del 2009 (per maggiori informazioni si veda N. C. Gutiérrez, *Honduras: Constitutional Law Issues*, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, August 2009, reperibile all'indirizzo [www.loc.gov/law/help/honduras/honduras-constitutional-law.pdf](http://www.loc.gov/law/help/honduras/honduras-constitutional-law.pdf), consultato il 25 febbraio 2019). Al fine di apportare maggiore chiarezza, il Congresso Nazionale approvò nel 2013 un emendamento costituzionale (*decreto No. 8-2013*, all'indirizzo [www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/177-constitucion-de-la-republica-de-honduras](http://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/177-constitucion-de-la-republica-de-honduras)), che introduceva il procedimento così come attualmente vigente.

<sup>82</sup> Cost. Bolivia, artt. 161, n. 7, e 184, n. 4; Cost. Costa Rica, art. 121, n. 9; Nicaragua, art. 130, 5°-6° comma; Venezuela, art. 266.

<sup>83</sup> Naturalmente con differenze a seconda del carattere unicamerale o meno del Parlamento: così ad esempio in Bolivia le due Camere si riuniscono in seduta comune per autorizzare il processo del Presidente della Repubblica (art. 161, n.7), mentre in Costa Rica e Nicaragua la competenza è dell'unica assemblea.

<sup>84</sup> Vedi *retro* la nota 32, sul progetto della Convenzione di Filadelfia di rendere la Corte Suprema giudice dell'*impeachment*.

dovrebbe rappresentare, grazie alle particolari competenze ed attitudini delle corti, una garanzia contro scelte arbitrarie od ingiustificate del potere politico<sup>85</sup>, assicurando un elemento di stabilizzazione delle dinamiche istituzionali. Ovviamente, ciò presuppone che la Corte in questione sia un organo autorevole ed indipendente, capace di svolgere con competenza la funzione assegnatagli senza mostrarsi arrendevole nei confronti del potere politico, pena la neutralizzazione effettiva dello strumento<sup>86</sup>.

Merita poi di essere accennata con qualche dettaglio la soluzione prescelta dalla Costituzione venezuelana del 1999, che attribuisce un peso assai rilevante alle decisioni del Tribunale Supremo di Giustizia. Fra le sue attribuzioni rientra (art. 226, n. 2) quella di “*Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o quien haga sus veces, y en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva*”. Se ne evince un ruolo del giudice supremo che non si limita all’aspetto puramente processuale della vicenda, ma assume tratti istruttori, comprendendo anche la valutazione precedente dell’esistenza o meno di un fondamento che giustifichi l’avvio del procedimento, e quindi implica una decisione cruciale per la stessa esistenza del giudizio, anche se deve essere accompagnata da un’autorizzazione parlamentare.

2026

In alcuni casi, peraltro (ed a volte simili meccanismi coesistono con il *juicio político* puro, che segue regole e procedure particolari), quello che si apre a carico del Presidente è un processo penale vero e proprio, il quale per avere luogo necessita della rimozione preliminare dell’immunità funzionale della quale è abitualmente titolare il Capo dello Stato per gli atti compiuti nell’esercizio delle funzioni. A questo fine l’assemblea parlamentare è chiamata a pronunciarsi, e se decide a favore dell’incriminazione il processo che ne scaturisce non differisce in modo significativo da un ordinario procedimento penale<sup>87</sup>, per cui risulta meno interessante ai fini della nostra ricerca, che si concentra su procedimenti e sanzioni di carattere espressamente politico.

Ci sono poi altri fattori costituzionali che contribuiscono a rendere più o meno agevole l’esperimento del *juicio político*. Fra questi meritano una menzione particolare requisiti procedurali come la titolarità dell’iniziativa e, soprattutto, le maggioranze parlamentari richieste nei vari stadi del procedimento e le scadenze temporali di quest’ultimo.

---

<sup>85</sup> Così Kada, *Comparative Presidential Impeachment: Conclusions*, cit., 142.

<sup>86</sup> Ciò che, per esempio, come riporta N. Kada, *Impeachment as a Punishment for Corruption? The Cases of Brazil and Venezuela*, in Baumgartner, Kada, *op. cit.*, 118 s., accadeva in Venezuela sotto la vigenza della Costituzione del 1961, dove la Corte Suprema, pur godendo di un ruolo assolutamente dominante nell’avvio e nella conduzione del *juicio político*, godeva di uno scarso prestigio istituzionale e di una forte dipendenza dal Congresso.

<sup>87</sup> A forme di rimozione legittima dell’immunità presidenziale da parte parlamentare accennano ad esempio le costituzioni di Brasile (art. 86, 1° comma, con riferimento ai soli reati comuni, giudicati dal Supremo Tribunale Federale), Colombia (art. 199), Costa Rica (art. 151), Messico (art. 111, 4° comma) e Nicaragua (art. 130, 5° comma).

Premesso che in numerose carte il problema non è affrontato specificamente<sup>88</sup>, nei casi in cui il primo passo è rappresentato dalla messa in stato di accusa da parte dell'assemblea legislativa il potere di iniziativa è a volte conferito ad una minoranza parlamentare più o meno consistente<sup>89</sup>, anche se, laddove il passo successivo è costituito da un procedimento penale, non è insolito che alla base dell'attivazione vi sia una denuncia penale o la segnalazione di un'altra autorità<sup>90</sup>. Ovviamente, sarà più o meno facile raggiungere la soglia richiesta a seconda della composizione politica dell'assemblea e delle sue dinamiche interne; vi torneremo in seguito.

Altri numeri rilevanti e variabili sono le maggioranze parlamentari prescritte ai fini della messa in stato di accusa e della rimozione presidenziale (quando entrambe le fasi siano di competenza assembleare). Alcuni caratteri sembrano comunque ricorrenti: le maggioranze prescritte sono perlopiù qualificate (50% + 1 o superiori dei componenti dell'assemblea), anziché semplici, ed abitualmente, almeno nelle esperienze bicamerali, la soglia richiesta per il giudizio di condanna della camera alta è pari o superiore a quella imposta alla camera bassa per l'accusa<sup>91</sup>. Questo è interessante, perché, anche se nello stesso modello statunitense ricorre una discrepanza del genere, in esso la maggioranza richiesta per l'avvio del procedimento è quella semplice, mentre in diverse costituzioni latinoamericane essa è assai più elevata, a volte addirittura quella dei 2/3, la stessa richiesta per la condanna o destituzione.

Si tratta di un segnale da non sottovalutare. Se infatti lo scopo della previsione di una maggioranza qualificata è quello di impedire o rendere più difficile una decisione particolarmente importante richiedendo un consenso più elevato per assumerla, è significativo che in queste costituzioni si voglia, almeno in apparenza, offrire un'analoga tutela non solo alla decisione finale, che per il suo carattere definitivo e la magnitudine delle sue conseguenze richiede un'attenta ponderazione, ma anche a quella di avvio del procedimento, la quale in ogni caso, se infondata e/o partigiana, potrebbe essere neutralizzata dal successivo mancato raggiungimento del secondo *quorum*, come insegnano gli esempi degli *impeachment* presidenziali negli USA. Sembra quindi di scorgere una tendenza dei costituenti

---

<sup>88</sup> Come non lo è neppure nell'esempio principe degli USA.

<sup>89</sup> Come in Ecuador, dove per l'*enjuiciamiento político* del Presidente si richiede la sollecitazione di almeno un terzo dei membri dell'assemblea (art. 129, 1° comma Cost.), o in Uruguay, dove si parla più genericamente dell'istanza di "*algunos*" membri della Camera dei Rappresentanti (art. 93, Cost.).

<sup>90</sup> Così in Bolivia la richiesta di incriminazione può venire dal *Fiscal General del Estado* sulla base delle sue indagini (art. 184, n. 4 Cost.); la Costituzione honduregna (art. 234) presuppone una "*denuncia grave*".

<sup>91</sup> Qualche esempio: la maggioranza dei 2/3 dei componenti o dei 3/4 dei presenti sia ai fini dell'accusa che del giudizio è richiesta in Argentina (artt. 53, 59 Cost.), Brasile (art. 51, I, e art. 52, paragrafo unico, Cost.), Repubblica Dominicana (artt. 80, n. 1, e 83, n. 1 Cost.), Ecuador (art. 129, 2° comma Cost.), Paraguay (art. 225, 2° comma Cost.), mentre è dei 3/4 in Honduras (sistema unicamerale, art. 234 Cost.). Il Messico, come per altri aspetti, è più vicino alla soluzione statunitense, richiedendosi per la messa in stato d'accusa una votazione della Camera a maggioranza assoluta dei presenti, contro i 2/3 del Senato ai fini della rimozione (art. 110, 4° comma Cost.).

ad ostacolare l'esperimento del *juicio*, costruendo il procedimento in modo tale da rendere difficoltosa non solo la sua conclusione, ma il suo stesso avvio ed assicurando così la stabilità della carica presidenziale e la sua indipendenza dagli altri poteri dello Stato<sup>92</sup>.

### 3.2. Altre forme di rimozione presidenziale parzialmente fungibili (cenni)

Tutti questi elementi, interagendo fra di loro, sono passibili di facilitare o meno il ricorso all'istituto. Tuttavia, prima di procedere all'analisi del contesto politico-istituzionale che avrebbe favorito la diffusione dell'*impeachment* in America Latina e dei casi di studio prescelti, un ultimo accenno va fatto ad altri meccanismi capaci di incidere sugli equilibri fra poteri statali.

Occorre infatti precisare che, nonostante tutti gli accorgimenti volti a rendere il Capo dello Stato il più possibile indipendente rispetto alle assemblee parlamentari ed a limitare i casi nei quali egli può essere chiamato a rispondere delle proprie azioni mediante la destituzione dalla carica, gran parte delle carte latinoamericane prevedono potenziali "scorciatoie" per conseguire lo stesso risultato. Si tratta di quelle disposizioni ricorrenti che prevedono strumenti per fare fronte a situazioni di instabilità politica od incapacità del Presidente di svolgere le proprie funzioni e consentono perciò di rimuoverlo anzitempo in maniera costituzionalmente legittima. Alludiamo, in particolare, alle varie forme di dichiarazione di vacanza della carica o dell'infermità fisica o mentale del titolare della stessa ed altri espedienti che comportano, come conseguenza ultima, la destituzione del Capo dello Stato e la sua sostituzione con un soggetto diverso<sup>93</sup>.

Esaminandoli, si constata come spesso essi implicino un procedimento molto più rapido del *juicio político*, anch'esso affidato al Parlamento ma con minori garanzie per l'interessato e senza la necessità di votazioni a maggioranza altrettanto elevata<sup>94</sup>. Pur trattandosi di istituti concepiti con riguardo a circostanze eccezionali e ben precise, e pur non essendo in linea di principio invocabili in assenza dei requisiti previsti, alcuni casi concreti (dei quali parleremo con maggiori dettagli nella penultima sezione) inducono al sospetto che, in certi Paesi, ne sia stato fatto un utilizzo strumentale come forma di "*impeachment* improprio", per eliminare dalla scena Presidenti politicamente sgraditi anche se non ricorrevano i presupposti per una messa in stato di accusa.

<sup>92</sup> Questo ovviamente, vale anche per gli altri requisiti sostanziali o procedurali: come nota Baumgartner, *op. cit.*, 8, "*In almost all countries presidential impeachment is difficult*", anche se "*in some systems, impeaching and removing a president is more difficult than in others*", dato che aumentare il numero di istituzioni coinvolte e le soglie numeriche per la decisione "*mean more potential veto points, making it theoretically more difficult for an impeachment to succeed*".

<sup>93</sup> Si ricordano, a puro titolo di esempio, l'art. 165, lett. *i* della Cost. guatemalteca (dichiarazione di incapacità fisica o mentale del Presidente), l'art. 194 della Cost. colombiana (dichiarazione di incapacità fisica permanente o abbandono della carica presidenziale da parte del Senato), l'art. 233 della Cost. venezuelana (casi di assenza assoluta del Presidente), recentemente oggetto di controversie a seguito del suo contestato richiamo in occasione dell'attuale crisi politico-costituzionale in quel Paese.

<sup>94</sup> Ma non mancano le eccezioni; nell'esempio succitato del Guatemala la dichiarazione deve essere approvata da 2/3 del totale dei deputati.

Questa considerazione ci lascia con un ammonimento importante: nei casi in cui l'applicazione di certi meccanismi sia rimessa ad organismi politici, e non vi sia un'autorità incaricata di controllarne le decisioni<sup>95</sup>, è possibile che essi subiscano, proprio per motivi politici di opportunità, distorsioni lontane dalla *ratio* originaria. Può accadere lo stesso anche al *juicio político*?

Per comprenderlo, è necessario, una volta studiato in maniera comparata il panorama costituzionale latinoamericano a riguardo, approfondire il contesto politico nel quale si sono inseriti i testi scritti, dapprima con notazioni di carattere generale, poi con riferimento ad esempi specifici; questo è quanto faremo nelle prossime sezioni.

#### **4. Le vicende del *juicio político* in America Latina: dallo scarso utilizzo iniziale al *boom* degli ultimi decenni. Le possibili spiegazioni avanzate dagli studiosi (cenni)**

Le previsioni costituzionali in materia di *juicio político*, infatti, non si inseriscono in un vuoto, ma interagiscono strettamente con le condizioni storiche, politiche e sociali alle quali si trovano a fare fronte nei vari ordinamenti, rimanendone influenzate a loro volta. Un esempio notevole del fenomeno è dato dall'applicazione delle disposizioni a seconda del periodo storico, applicazione riguardo alla quale si può notare, come inizialmente accennato, una forte discontinuità.

Si è già detto, infatti, che quasi tutte le costituzioni latinoamericane hanno sempre contenuto, sin dal conseguimento dell'indipendenza, una disciplina del procedimento politico di accusa, ma ciò non significa che questo sia stato utilizzato con la stessa intensità in tutte le epoche. Al contrario, la letteratura scientifica in proposito rileva come l'*impeachment/juicio político*, nonostante la sua adozione pressoché universale nell'America Centromeridionale, abbia conosciuto, per la maggior parte del XX secolo, un utilizzo pratico molto scarso, sostanzialmente trascurabile<sup>96</sup>.

La ragione di questa peculiarità è, se si pensa al contesto storico e politico, alquanto ovvia: il periodo che va all'incirca dalla fine della Seconda Guerra Mondiale fino al termine degli anni '80 ed all'inizio degli anni '90 fu, in America Latina, un periodo alquanto travagliato, che coincise in buona parte con la Guerra

---

<sup>95</sup> Come specifica ad esempio la Cost. messicana (art. 110, ultimo comma), "*Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables*", e, come vedremo più avanti, a volte gli stessi organi giurisdizionali, pur in assenza di divieti simili, sono stati restii a farsi coinvolgere in dispute politiche, rigettando i ricorsi contro decisioni parlamentari contestate.

<sup>96</sup> Pérez-Liñán, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, cit., 2, osserva come i manuali classici dedicati al diritto costituzionale latinoamericano pubblicati fra gli anni '50 e '90 ignorassero quasi totalmente la tematica dell'*impeachment*, visto come un istituto assolutamente secondario e utilizzato solo in casi eccezionali. Lo stesso autore, in *Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century*, in REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS SOCIAIS - VOL. 33 N° 98/2018, 2, ricorda che "*Between 1945 and 1990, only one episode (the removal of Panamanian president José Ramón Guizado in 1955) can be truly classified as an impeachment process*".

Fredda e fu influenzato da forti tensioni geopolitiche<sup>97</sup>. In quei decenni, che videro il proliferare di governi autoritari e dittature militari in tutta la regione, la rimozione dei Presidenti politicamente sgraditi ebbe luogo perlopiù attraverso procedure incostituzionali ed *extra ordinem*, e non di rado per mezzo di cruenti colpi di Stato militari, come nel tragico esempio cileno del 1973.

Come molti altri aspetti delle costituzioni latinoamericane<sup>98</sup>, anche il *juicio político*, sulla carta sintomo di un sistema di garanzie costituzionali ben sviluppato, fu vittima della divergenza fra previsioni formali e realtà di fatto, finendo per essere messo da parte in favore di strumenti basati sull'impiego della forza e non del diritto. In particolare, il notevole accentramento di poteri nella figura presidenziale, caratteristico di gran parte dei regimi autoritari del periodo<sup>99</sup>, rendeva quantomeno improbabile l'utilizzo di un procedimento che ha come propria funzione principale, proclamata sin dalla Convenzione di Filadelfia, proprio quella di controllare le tendenze autoritarie dell'esecutivo e reprimerne eventuali abusi. Se la separazione dei poteri non è assicurata, e mancano le condizioni per il funzionamento dei *checks and balances* formalmente previsti, un Parlamento debole e succube non potrà certo accusare e deporre un Presidente che pure viola i propri doveri costituzionali. Perché la situazione cambiasse era necessario un mutamento profondo del contesto, che coincise con la democratizzazione.

Nel corso degli anni '80, e fino ai primi anni '90, i regimi autoritari latinoamericani furono progressivamente sostituiti da governi democratici civili<sup>100</sup>, ed in molti di questi casi furono adottate nuove costituzioni che sancivano i principi della democrazia ed i diritti fondamentali. Come vedremo a breve, è proprio da quel momento, a partire dal caso brasiliano del 1992, che “*an unprecedented wave of impeachments swept Latin America*”<sup>101</sup>.

Premesso che le condizioni politico-istituzionali che avevano in precedenza impedito l'espletamento dei giudizi erano ormai svanite, per quali ragioni il fenomeno si è manifestato con tanto inaspettato vigore in ordinamenti che fino ad allora non lo avevano conosciuto in maniera significativa? Questa domanda,

<sup>97</sup> Per informazioni di massima sul contesto politico-costituzionale del periodo in questione e sui caratteri della transizione (più o meno riuscita) dei vari sistemi latinoamericani verso democrazie funzionanti si rinvia a L. Mezzetti, *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Torino, Giappichelli, 200, capitolo IV (329-465).

<sup>98</sup> Dello “iato che frequentemente separava in tali ordinamenti il dato formale rinvenibile in seno al testo costituzionale e la realtà fattuale di attuazione della Costituzione” parla in generale *Id.*, *L'America latina*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato. Tomo I*, Bari, Laterza, 2014, 462.

<sup>99</sup> I quali non fecero che ampliare le già significative attribuzioni presidenziali nelle rispettiva realtà, in media molto più ampie che nel modello statunitense: in proposito si veda *ibidem*, 474 ss.

<sup>100</sup> Losano, *op. cit.*, 238 cita un dato assai chiaro: se nel 1976 in Sudamerica solo Colombia e Venezuela erano retti da governi democratici, nel 1991 tutti gli Stati “erano governati da democrazie di tipo occidentale, anche se ancora fragili”.

<sup>101</sup> Pérez-Liñán, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, cit., 1.

ovviamente, richiede una risposta complessa che non è compito di un lavoro dal taglio prettamente giuridico fornire, dato che richiede considerazioni di natura anche politica e sociologica, che tengano conto del contesto politico, sociale, economico e culturale di questi Paesi; tuttavia, data la grande influenza che processi di ordine generale possono aver avuto sulle vicende di vari ordinamenti, vale la pena di farvi almeno un accenno. Molti sono stati i tentativi di spiegare i motivi dell'elevato tasso di cessazione anticipata del mandato presidenziale in varie realtà latinoamericane, e le ricerche in proposito hanno evidenziato diversi fattori che possono spiegare, nei singoli casi, le ragioni delle dimissioni o della deposizione del Capo dello Stato, di natura socioeconomica (politiche impopolari, corruzione) o politico-istituzionale<sup>102</sup>.

Per esempio, può essere utile, rifacendosi all'esistenza, già nota alla dottrina, di diversi tipi di presidenzialismo latinoamericano, classificati in varie categorie a seconda dei loro caratteri comuni<sup>103</sup>, cercare di individuare le circostanze politiche ed istituzionali che favoriscono o al contrario diminuiscono la probabilità che in un ordinamento venga avviato un procedimento di *impeachment*: ad esempio la consistenza (teorica ed effettiva) dei poteri presidenziali, i rapporti fra Capo dello Stato ed organi parlamentari, le caratteristiche del sistema partitico nazionale, il comportamento dei vari attori istituzionali etc. Questo è proprio ciò che hanno fatto alcuni autori, analizzando nel dettaglio un numero significativo di casi di *impeachment*, sia tentati che riusciti, in America Latina per cercare di ricavarne conclusioni comuni e prendendo in esame gli elementi citati e le loro interrelazioni reciproche per delineare un quadro di cause ed effetti statisticamente verificati, in grado di fondare predizioni di risultati relativamente accurate<sup>104</sup>. Avremo modo di analizzare più a fondo alcune di queste ipotesi con riguardo ai nostri casi di studio.

---

<sup>102</sup> Per una rassegna sul tema si veda Hochstetler, *Rethinking Presidentialism: Challenges and Presidential Falls in South America*, cit., 405 ss.

<sup>103</sup> L'argomento è, ovviamente, troppo vasto per ricevere qui più di un velocissimo riassunto come base alla quale fare riferimento più avanti. Nello specifico occorre fare riferimento ai già citati Loewenstein, *op. cit.*, e Carpizo, *op. cit.* Entrambi hanno effettuato tentativi di classificare in modo comprensivo i sistemi presidenziali dell'America Latina individuando tipologie di base. Loewenstein (ripreso a fini espositivi e riassuntivi dallo stesso Carpizo, 11 ss.) distingue fondamentalmente tre tipologie di presidenzialismo ("*puro*", "*atenuado*", "*aproximado*"), con la prima delle tre caratterizzata da un ruolo politico-costituzionale predominante del Presidente eletto a suffragio universale diretto, e ritenuta dall'autore quella più frequente nei Paesi in questione. Quanto a Carpizo egli, nell'elaborare una propria proposta tassonomica (27 ss.), individua a seconda dell'angolo di lettura del fenomeno (norma costituzionale, realtà politica e loro interazioni) un totale di otto forme di presidenzialismo, passibili di sovrapposizioni e coincidenze fra di loro, nonché di evoluzione nel corso del tempo. Per un'applicazione di tale classificazione nella dottrina italiana si veda ad esempio R. Tarchi, *La forma di governo del Messico: dal presidenzialismo imperiale alla "parlamentarizzazione" del presidenzialismo?*, in DPCE online, 2017/4, 889 s. Un altro riferimento utile in materia è L. Mezzetti, *Ruolo ed evoluzione delle assemblee parlamentari nelle esperienze presidenziali latino-americane*, relazione al V Convegno Biennale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, *Parlamenti e parlamentarismo nel diritto comparato*, svoltosi presso l'Università degli studi Roma Tre il 25 e 26 ottobre 2018, inedita.

<sup>104</sup> Sull'argomento si possono segnalare, ad esempio, gli studi di Helmke, *op. cit.*; Hochstetler, *Rethinking Presidentialism: Challenges and Presidential Falls in South America*, cit. e *The Fates of Presidents in Post-Transition Latin America: From Democratic Breakdown to Impeachment to*

Ad ogni modo, quelli appena citati sono i fattori politici, istituzionali e di altro tipo più ricorrenti e che finiscono per essere alla base dei casi concreti, spiegando almeno in parte la recente popolarità del fenomeno dell'*impeachment*; ma come si traduce in definitiva quest'ultima? Quali sono le sue ragioni di fondo, attinenti alla struttura di base dei sistemi democratici dell'America Latina per come si sono realizzati e per come esistono oggi, ed ancor più gli effetti, positivi o negativi, che essa è in grado di dispiegare sugli stessi? A questo proposito ci rifaremo alle considerazioni di studiosi di diritto comparato e di scienza politica, che hanno avanzato ipotesi opposte al riguardo. In particolare, si registrano due correnti dottrinali principali che nell'uso (o, a seconda della prospettiva adottata, nell'abuso) dell'*impeachment*, e più in generale di altri strumenti e tecniche volti a provocare la rimozione dalla carica del Capo dello Stato prima della scadenza naturale del mandato (dalle proteste popolari volte a forzare le dimissioni del Presidente alle già citate previsioni costituzionali sull'incapacità presidenziale/vacanza dell'ufficio etc.), scorgono i segni di due tendenze diametralmente opposte.

Riassumendo e semplificando, secondo una di queste scuole di pensiero l'impiego alquanto generoso del *juicio político* degli ultimi decenni rappresenterebbe una buona notizia, poiché confermerebbe il grado di maturità ormai raggiunto dalle democrazie latinoamericane. Queste ultime, ormai, sarebbero abbastanza solide da non tollerare più il ricorso a forme di destituzione presidenziale violente ed incostituzionali, come i *golpe* militari del passato, e da incanalare ogni forma di dissenso dell'assemblea parlamentare nei confronti del Presidente e della sua politica nell'utilizzo di procedimenti costituzionalmente disciplinati, tali da consentire un pacifico avvicendamento nella carica più alta del sistema istituzionale<sup>105</sup>. In questa prospettiva, l'*impeachment* rappresenterebbe una garanzia della tenuta del sistema democratico, consentendo di sanzionare un Presidente per qualche ragione ritenuto non più degno o idoneo a ricoprire la carica mediante mezzi pacifici e legittimi, spesso a seguito di un pubblico dibattito parlamentare e di una libera votazione in aula (o di un processo davanti al giudice supremo dell'ordinamento, con tutte le garanzie del caso).

Tuttavia, questo ottimismo non è condiviso da un numero anch'esso ampio di studiosi, i quali al contrario guardano con una certa preoccupazione all'utilizzo che in questi ultimi anni si è fatto del giudizio di *impeachment* nei Paesi dell'America

---

*Presidential Breakdown*, cit.; Kim, *op. cit.* (che considera anche contesti diversi da quello latinoamericano); M. Llanos, L. Marsteintredet, *Presidential Strategies in Times of Crisis: Room for Survival?*, in *PolHis*, Año 6. Número 11. Primer semestre 2013. 343 páginas. ISSN 1853-7723, 182-198.

<sup>105</sup> Fra i fautori di quest'indirizzo si vedano, ad esempio, K. Hochstetler, D. Samuels, (2011), *Crisis and rapid reequilibration: the consequences of presidential challenge and failure in Latin America*, in *Comparative Politics*, 43 (2): 127-14, e L. Marsteintredet, E. Bertntzen (2008), "Reducing the perils of presidentialism in Latin America through presidential interruptions", in *Comparative Politics*, 41 (1): 83-101, citati da Pérez-Liñán, *Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century*, cit., 11.



Latina. A giudizio di tali autori<sup>106</sup>, esso non rappresenta necessariamente un segnale positivo. Anzi, al contrario, potrebbe essere spia di una tendenza deleteria nella misura in cui, per così dire, l'*impeachment* rischi di diventare il surrogato moderno dei colpi di Stato<sup>107</sup>, prestandosi ad utilizzi “disinvolti”, se non palesemente non corrispondenti al dettato o allo spirito della Costituzione, per consentire ad un’assemblea parlamentare di rimuovere sbrigativamente un Capo dello Stato poco gradito, specie se appartenente ad una forza politica diversa da quelle che compongono la maggioranza parlamentare, a mo’ di illegittimo voto di “sfiducia” parlamentare. Si è persino sostenuto che, paradossalmente, un’applicazione impropria del procedimento di *impeachment* potrebbe persino risultare più insidiosa e deleteria per il sistema di un colpo di Stato vero e proprio, dato che, con la sua patina di apparente legittimità costituzionale, permetterebbe di conseguire molti degli obiettivi di una destituzione palesemente *extra ordinem* senza suscitare altrettanto clamore, soprattutto a livello internazionale, facendo apparire tutta l’operazione “normale” e distogliendo l’attenzione dalla grave violazione degli equilibri costituzionali così perpetrata<sup>108</sup>.

Il quadro complessivo, stando alla seconda tesi, sarebbe quello di un’America Latina dove la democrazia, dopo aver attecchito soltanto a fatica ed in decenni recenti, continuerebbe ad essere debole ed incerta, esposta al rischio di crisi costituzionali e scontri fra istituzioni tali da minare le fondamenta dello Stato di diritto e della separazione dei poteri e da rendere fortemente instabili i governi democraticamente eletti, secondo una logica del tutto opposta a quella della forma di governo presidenziale, che invece presuppone un utilizzo solo in via eccezionale dell'*impeachment*, proprio per il pericolo di infrangere equilibri fra poteri ben congegnati. Il *juicio político*, lungi dal costituire uno strumento di stabilizzazione e democratizzazione del sistema presidenziale, avrebbe invece il potenziale di stravolgerlo, soprattutto se impiegato da gruppi di potere politico poco avvezzi alle dialettiche di un ordinamento democratico maturo e decisi a produrre

---

<sup>106</sup> Si citano, solamente a titolo di esempio, J. Paffarini, *Il presidenzialismo brasiliano alla prova delle inchieste e della crisi del bilancio statale: osservazioni sull'impeachment contro Dilma Rousseff*, in DPCE online, 2017/3, 569, che nota comunque come oggi, a differenza dell’epoca dei governi autoritari, “gli episodi di conflitto fra i poteri dello Stato non conducono più alla interruzione delle attività degli organi costituzionali”; oppure J. M. Carey, J. Corrales, M. Llanos, L. Martseintredet e A. Pérez-Liñán, *The threat of impeachment can push presidents out of the door. But there’s a catch*, in *The Washington Post*, reperibile all’indirizzo [www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2018/04/11/the-threat-of-impeachment-can-push-presidents-out-the-door-but-theres-a-catch/?noredirect=on&utm\\_term=.d4cc4a042b88](http://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2018/04/11/the-threat-of-impeachment-can-push-presidents-out-the-door-but-theres-a-catch/?noredirect=on&utm_term=.d4cc4a042b88), consultato l’11 aprile 2019), i quali, pur riconoscendo allo strumento un’importante natura di rimedio e deterrente nei confronti di abusi del potere presidenziale, non mancano di metterne in luce i lati oscuri, ricordando come in diverse occasioni in America Latina si sia fatto uso dell'*impeachment* per motivi puramente ideologici od opportunistici, spesso producendo come effetto fenomeni di disaffezione e polarizzazione politica.

<sup>107</sup> Effettivamente, una lista di cause comuni ai due fenomeni viene individuata da Pérez-Liñán, *Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century*, cit., 4 ss., concludendo che la sempre maggior rarità dei *golpe* palesi è dovuta a fattori storici e politici.

<sup>108</sup> Questo ragionamento si incontra in Kada, *Comparative Presidential Impeachment: Conclusions*, cit., 152.

un'alternanza politica nella figura del Capo dello Stato senza attendere la scadenza elettorale regolare<sup>109</sup>.

La disputa in questione presenta peraltro dei punti di contatto con un'altra controversia risalente, quella relativa ai possibili effetti negativi della scelta a favore di una forma di governo presidenziale sulla stabilità delle democrazie latinoamericane. Numerosi autori, infatti, sono convinti che l'aver adottato tale sistema di origine statunitense in realtà condizionate dal forte lascito autoritario di epoca coloniale costituisca uno dei motivi principali delle persistenti degenerazioni autoritarie che esso ha conosciuto nell'America centro-meridionale, e che un'evoluzione verso modelli ispirati ad un regime parlamentare o semipresidenziale permetterebbe di risolvere molti di questi problemi<sup>110</sup>. A prescindere dalla fondatezza di tali asserzioni, che non riprenderemo nel dettaglio, a venire in rilievo è la considerazione che gli ordinamenti dell'America Latina sarebbero in teoria suscettibili di mutamenti in senso parlamentare (positivi o negativi che siano), e non si può escludere, come abbiamo ipotizzato, che un impiego marcatamente "politico" del *juicio* nei confronti di Presidenti eletti potrebbe avere l'effetto involontario di facilitare simili cambiamenti.

Ad ogni modo, concludendo, ci sentiamo di aderire alla seconda delle visioni accennate, quella che sostiene il carattere patologico o comunque fortemente criticabile di un ricorso sregolato al *juicio político* ed alle sue varianti, denunciandone i rischi sotto il profilo dell'equilibrio politico-costituzionale dei sistemi democratici presidenziali. Il resto della nostra trattazione, con l'analisi di casi di studio appositamente selezionati, ha lo scopo di accertare se è vero, come ci chiedevamo all'inizio, che in alcuni ordinamenti latinoamericani il procedimento costituzionale per la rimozione del Capo dello Stato ha visto applicazioni tali da dare luogo a dinamiche sostanzialmente assimilabili ad una mozione di sfiducia nella forma di governo parlamentare (se non, nel peggiore dei casi, ad un vero e proprio *golpe* legislativo<sup>111</sup>), con un livello di polarizzazione dello scontro politico che con ogni probabilità ha inciso sull'esito ultimo dei procedimenti quanto, se non più, di ogni considerazione delle previsioni costituzionali applicabili.

---

<sup>109</sup> Tuttavia, non mancano anche gli autori che evidenziano come abbia poco senso nell'America Latina odierna preoccuparsi di eventuali minacce per la tenuta democratica provenienti dai parlamenti, come esporremo nelle conclusioni.

<sup>110</sup> Per una panoramica in materia si consulti Mezzetti, *Le democrazie incerte*, cit., 370 ss. Uno dei principali fautori di questa tesi è Juan Linz (si veda per esempio J. Linz, *Presidential or Parliamentary Democracy: Does it make Difference?* in *Journal of Democracy*, 1990., 51-69), il quale sostiene che il presidenzialismo, con la presenza di due soggetti (assemblea e Presidente) direttamente eletti e parimenti legittimati democraticamente, favorisca l'insorgere di conflitti fra istituzioni e di situazioni di stallo, frequentemente risolte dall'intervento "moderatore" dell'esercito, e tenda ad irrigidire il sistema, poiché non vi sono metodi (eccetto l'*impeachment* o, in situazioni di crisi di regime, un colpo di Stato) per rimuovere il Presidente eletto prima della fine del mandato, mentre al contrario i sistemi parlamentari, contemplando la possibilità di voti di sfiducia ed elezioni anticipate, risulterebbero più flessibili ed adattabili. A ogni modo, come Mezzetti non manca di illustrare (379 ss.), le opinioni di Linz hanno ricevuto anche numerosi confutazioni.

<sup>111</sup> Sull'analogia fra colpi di Stato ed *impeachment* e sulla sua appropriatezza torneremo con maggiori dettagli in seguito.

Per questo motivo, procederemo anzitutto ad osservare e commentare le vicende dell'*impeachment* in Brasile.

## 5. Il caso brasiliano

### 5.1. La disciplina costituzionale del procedimento

Il primo caso del quale ci occuperemo nel dettaglio è quello del Brasile, per almeno due ragioni.

Da una parte si tratta di uno degli Stati latinoamericani dove è stato fatto un uso più ampio dell'*impeachment*, con due Presidenti che ne sono caduti “vittime”, rispettivamente nel 1992 e nel 2016. Dall'altra parte, il suo utilizzo in quell'ordinamento ha avuto una rilevanza significativa anche fuori dai confini del Paese, in particolare il caso del 1992 che, come accennato, secondo vari osservatori ha dato il la alla scia di rimozioni presidenziali che ha interessato con inaudita intensità l'intera America Latina nei quasi trent'anni successivi. Per fare pienamente luce sulla portata del fenomeno occorrerà, oltre a rievocare le vicende storiche e politiche alla base di ciascuno dei due procedimenti, offrire una ricostruzione della disciplina costituzionale e legislativa in materia che veda l'applicazione in entrambi i casi ed una valutazione sull'appropriatezza del suo richiamo nelle specifiche circostanze. Si cercherà, in definitiva, di stabilire se i due *impeachment* che hanno avuto luogo in Brasile a distanza di così tanti anni fra loro presentino ragioni comuni, quali siano le loro implicazioni, anche sotto il profilo della tenuta della forma di governo presidenziale brasiliana, e quali le loro relazioni con il panorama politico-partitico nazionale.

Come preannunciato, procediamo ad una breve premessa sulla regolamentazione dell'*impeachment* nell'ordinamento brasiliano.

Essa è contenuta principalmente negli artt. 51-52 (che si occupano, fra l'altro, delle rispettive competenze delle due Camere nell'ambito del procedimento) e nella sezione III del Capitolo II (artt. 85-86), dedicata appositamente alla responsabilità del Presidente della Repubblica. Inoltre, la disciplina delineata dalla carta costituzionale rinvia espressamente ad una legge attuativa ai fini della sua integrazione ed applicazione pratica<sup>112</sup>, la quale tuttavia ad oggi non è ancora stata approvata, cosicché il rinvio deve intendersi riferito alla l. 1079/1950, adottata sotto la vigenza di una diversa Costituzione e per questo sospettata da alcuni di essere parzialmente incompatibile con l'attuale dettato costituzionale<sup>113</sup>. Ad ogni

---

<sup>112</sup> La quale “*estabelecerá as normas de processo e julgamento*”, oltre a dare una definizione delle fattispecie di responsabilità presidenziale menzionate (art. 85 Cost. Brasile).

<sup>113</sup> Come ricorda D. Almagro Castro, *Juicio legítimo o golpe de Estado encubierto? El impeachment a la Presidenta de la República Federal de Brasil, Dilma Rousseff*, in *Revista Derecho del Estado* n.° 42, enero-abril de 2019, pp. 25-50, 35, la ricezione parziale di questa legge si deve alla giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale, che ne riconobbe l'applicabilità in occasione dell'*impeachment* contro Collor. A. Rattinger, *The Impeachment Process of Brazil: A Comparative Look at Impeachment in Brazil and the United States*, 49 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 129 (2018) Available at: [repository.law.miami.edu/umialr/vol49/iss1/7](http://repository.law.miami.edu/umialr/vol49/iss1/7), 144 ss., sottolinea come l'incompatibilità della legge del 1950 con la Carta del 1988 derivi dalla diversa individuazione

modo, riepiloghiamo i caratteri principali dell'istituto, seguendo lo schema dei quattro profili già sperimentato *supra* per trattare del *juicio político* in generale, tenendo sempre a mente che nella realtà brasiliana la sua disciplina riprende tendenzialmente il modello statunitense, pur con differenze non trascurabili.

Quanto ai soggetti accusabili, ci interesseremo qui al Presidente della Repubblica, il quale è espressamente assoggettato al meccanismo di *impeachment* dagli artt. 51-52 Cost. (al pari di una serie di altri soggetti istituzionali collegati al potere esecutivo, al potere giudiziario e all'ambito militare<sup>114</sup>, con un'elencazione esaustiva e tassativa al contrario dell'ambiguo disposto costituzionale nordamericano).

In secondo luogo, mentre, come si è visto, la Costituzione degli Stati Uniti si dimostra piuttosto vaga nel delineare i comportamenti che possono giustificare l'*impeachment*, ricorrendo alla formula generale "*treason, bribery, and other high crimes and misdemeanors*", l'art. 85 della Costituzione brasiliana segue una strategia diversa. Pur esordendo con la dichiarazione che "*São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal*", coprendo così ogni atto presidenziale che in qualche modo rappresenti una minaccia per l'equilibrio costituzionale e consentendo in teoria di colpire simili condotte anche se imprevedibili ed impreviste, l'indeterminatezza viene temperata dalla successiva elencazione di sette figure di responsabilità specificamente individuate e sanzionate<sup>115</sup>. Queste ultime vengono evidenziate in maniera particolare non perché siano le uniche che giustifichino la messa in stato d'accusa e la rimozione del Capo dello Stato, ma perché, per la loro particolare gravità e/o probabilità, costituiscono fattispecie tipiche di responsabilità presidenziale, e quindi ha un senso elencarle a sé, senza per questo sminuire la rilevanza di altre ipotesi non contemplate. Peraltro, non è inutile sottolineare un aspetto già accennato di questa disciplina: l'utilizzo da parte della Costituzione del termine *crimes de responsabilidade*, formula che sembra sottolineare particolarmente l'accento posto sulla responsabilizzazione del Presidente, al quale vengono imputati atti di natura "criminosa" (sull'effettivo carattere penale del procedimento di *impeachment* brasiliano, tuttavia, torneremo in seguito).

Ciò, ovviamente, influenza anche la determinazione delle sanzioni irrogabili, le quali consistono principalmente nella destituzione dalla carica dell'imputato,

---

dei soggetti passibili di *impeachment*, e come a tali fini il Congresso abbia adottato una legge di modifica nel 2000. Inoltre, fa notare come la prassi applicativa non sia chiara al riguardo, dato che sembra che in occasione dell'*impeachment* del 1992 il Tribunale Supremo abbia tenuto conto delle previsioni della legge solo con riguardo a certi aspetti del procedimento (ad es. per le sanzioni accessorie).

<sup>114</sup> Nei due articoli citati si menzionano "*o Presidente e o Vice-Presidente da República*", "*os Ministros de Estado*", "*os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica*", "*os Ministros do Supremo Tribunal Federal*", "*os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público*", "*o Procurador-Geral da República*" e "*o Advogado-Geral da União*".

<sup>115</sup> Queste consistono negli atti che attentino contro: "*I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais*".

alla quale si aggiunge la sua interdizione dall'esercizio di funzioni pubbliche per un periodo che può raggiungere gli otto anni, tutto questo senza pregiudizio per le altre sanzioni giuridiche potenzialmente applicabili. La previsione in questione riprende con grande fedeltà l'originale statunitense, collegando anche essa all'esperimento dell'*impeachment* sanzioni di natura prettamente politica, volte nello specifico ad evitare che il funzionario la cui condotta è oggetto di espressa censura e condanna da parte delle due camere del Parlamento possa continuare a ricoprire la carica della quale ha abusato o altre che richiedono responsabilità simili ai loro titolari. Proprio come nell'esempio americano, inoltre, viene fatta espressamente salva la possibilità di perseguire penalmente il soggetto già rimosso dalla carica, così confermando la tendenziale autonomia dei due procedimenti e l'irriducibilità delle loro rispettive nature.

Quanto allo svolgimento del procedimento, si riscontra ancora una volta uno schema bifasico, con la messa in stato di accusa che *ex art. 51, I* deve essere votata dalla Camera dei Rappresentanti (la Camera bassa del Congresso Nazionale brasiliano) a maggioranza dei due  $\frac{2}{3}$  (anziché la mera maggioranza semplice sufficiente negli Stati Uniti), mentre la fase successiva è di competenza del Senato Federale (*art. 52, I*). Ad essere più precisi, la Costituzione prevede (*art. 86*) due possibili vie alternative per far valere la responsabilità presidenziale. La prima, che è quella che qui ci interessa, riguarda i "*crimes de responsabilidade*" propriamente detti e vede appunto lo svolgimento di un giudizio di fronte al Senato; l'altra, al contrario, è esperibile in caso di "*infrações penais comuns*" commesse dal Presidente, e consiste in un processo dinanzi al Supremo Tribunale Federale.

2037

Se ne desume che il Presidente della Repubblica brasiliano non è immune per i reati commessi nell'esercizio delle proprie funzioni, e che l'unica differenza riguardo al procedimento normale risiede nella predisposizione di un giudice speciale. Questo significa anche, presumibilmente (e la prassi sembra confermarlo), che laddove la condotta presidenziale implichi al tempo stesso la commissione di un crimine di "responsabilità" e di un reato comune il Capo dello Stato dovrà risponderne in due processi separati ed autonomi, uno di carattere "politico" di fronte alla Camera alta, l'altro propriamente penale dinanzi al giudice supremo. Lo stesso articolo specifica comunque (*4° comma*) che la responsabilità presidenziale a questi fini si limita appunto agli atti compiuti nell'esercizio della carica, tagliando sul nascere le controversie che si sono avute in materia negli USA a causa dell'ambiguità del dettato costituzionale.

Il Presidente posto in stato d'accusa è automaticamente sospeso dalle sue funzioni con l'avvio del procedimento davanti al Senato, un'altra differenza non da poco rispetto al modello americano, dove, come si è spiegato, il costituente ha ritenuto prudente non introdurre un così significativo impedimento alla continuità d'azione dell'esecutivo (*1° comma*). Tale sospensione è destinata a perdurare per un termine massimo di 180 giorni, dopodiché, se il giudizio non si è ancora concluso, il Capo dello Stato rientra nella pienezza dei suoi poteri senza che ciò impedisca l'ulteriore prosecuzione del procedimento (*2° comma*).

Quanto alla decisione finale del Senato, si impone (art. 52, paragrafo unico) il conseguimento di una maggioranza qualificata, quella dei 2/3 dei voti, ai fini dell'adozione della decisione di condanna, di nuovo riprendendo la soluzione propria del modello originale. Questo porterebbe a supporre che, nel contesto brasiliano, la decisione del Senato di procedere alla rimozione del Presidente debba basarsi su un ampio accordo trasversale, e che quindi non lasci spazio a scelte partigiane, volute dalla maggioranza congressuale per colpire il Capo dello Stato attraverso il procedimento costituzionale per motivazioni esclusivamente politiche. Tuttavia, i fatti che esamineremo mostrano un quadro della realtà in parte diverso.

### 5.2. Il caso Collor: vicende e commento

Dopo aver compiuto la necessaria introduzione del contesto giuridico, iniziamo col parlare del primo dei due casi di nostro interesse, l'*impeachment* del Presidente Fernando Collor de Mello nel 1992.

La vicenda si situa in un contesto storico e politico del tutto particolare: Collor era stato, infatti, il primo Presidente ad essere eletto a suffragio universale diretto dopo l'entrata in vigore della nuova Costituzione brasiliana del 1988, che chiudeva definitivamente il lungo capitolo della dittatura militare e della transizione alla democrazia. Il suo mandato, apertosi nel 1990 in mezzo a grandi speranze di rinnovamento politico e socioeconomico, finì ben presto per essere travagliato da una serie di proteste contro le controverse politiche economiche del Presidente, viste da una vasta parte della società brasiliana come rivolte contro i ceti meno abbienti a favore dei più facoltosi, nonché contro numerosi scandali di corruzione che presto iniziarono ad emergere nei confronti di membri del governo<sup>116</sup>. Questa situazione proseguì, indebolendo sempre più l'amministrazione Collor, finché nel maggio del 1992 il Presidente stesso non fu raggiunto dall'accusa di aver beneficiato di alcune iniziative illecite organizzate da un suo collaboratore, cosa che spinse il *Congresso Nacional* ad avviare un'indagine istituendo un apposito comitato parlamentare (svolgente una funzione istruttoria analoga a quella della Commissione Giustizia della Camera dei Rappresentanti negli USA). Questo, nonostante le dispute interne e le accuse di politicizzazione dell'inchiesta sollevate da alcuni membri dello stesso, spostò progressivamente le indagini sulla persona del Presidente e sul suo possibile coinvolgimento in una serie di transazioni opache, man mano che sembravano emergere indizi, ma nessuna prova solida, che Collor avesse conosciuto o beneficiato in prima persona di tali pratiche.

Ben presto le notizie si diffusero, e la popolarità del Presidente continuò a sprofondare. Cominciarono a svolgersi manifestazioni che ne chiedevano l'allontanamento e le forze politiche, poste sotto pressione dai propri elettori e dai

---

<sup>116</sup> Così Kada, *Impeachment as a Punishment for Corruption? The Cases of Brazil and Venezuela*, cit., 121, che nota il drastico declino della popolarità di Collor nel giro di pochi mesi. La ricostruzione delle vicende offerta dall'autrice sarà quella di cui si terrà conto a fini di sintesi nel testo. Si vedano anche B. Sallum Jr., G. Stolle Paixão e Casarões, *O impeachment do Presidente Collor: a literatura e o processo*, in *Lua Nova*, São Paulo, 82: 163-200, 2011, *passim*.

*media*, iniziarono gradualmente a considerare la possibilità dell'*impeachment*: alla fine, il 29 settembre 1992, una prima votazione a maggioranza schiacciante della Camera dei Deputati sancì l'avvio del procedimento, con la messa in stato di accusa di Collor. Le accuse mossegli dalla Camera erano due, ossia quella di aver consentito, in modo tacito od espresso, che si verificassero violazioni dello Stato di diritto, e quella di essersi comportato in modo incompatibile con la dignità e l'onore propri della sua carica, accuse che, come non mancò di rilevare il Capo dello Stato nello svolgere le proprie difese, non coincidevano con illeciti penali, e quindi non avrebbero potuto giustificare la sua destituzione<sup>117</sup>, riecheggiando un dibattito ben noto dall'esperienza statunitense.

Comunque fosse, conformemente alle prescrizioni costituzionali Collor fu temporaneamente sospeso dalla carica e privato della possibilità di esercitare i suoi poteri, fino a che il Senato, il 29 dicembre, non votò, di nuovo con un margine assolutamente plebiscitario, a favore della condanna del Presidente e della sua rimozione dalla carica, alla quale si aggiungeva l'interdizione dagli uffici elettivi per otto anni, la durata massima di tale sanzione accessoria consentita dalla Costituzione.

Peraltro, è degno di nota il fatto che, prima ancora che il Senato si pronunciasse, Collor ritenne opportuno dimettersi formalmente dalla carica<sup>118</sup>, presumibilmente nella speranza che ciò costituisse un motivo sufficiente ad arrestare il procedimento, similmente a quanto era accaduto per Nixon negli Stati Uniti. Tuttavia, questa interpretazione non fu accolta dal Senato brasiliano, che ritenne che le dimissioni del Presidente non influissero sulla prosecuzione del giudizio, risultando inefficaci se rassegnate solo in seguito al suo formale avvio<sup>119</sup>. Una volta rimosso dalla carica, nella quale gli succedette il Vicepresidente Franco, Collor dovette poi sottostare ad un processo di fronte al Supremo Tribunale Federale sulla base di un'accusa di corruzione, che tuttavia si concluse con la sua assoluzione per insufficienza delle prove addotte.

Quello appena riepilogato costituisce, perciò, il primo caso di *impeachment* presidenziale impiegato ed andato a buon fine ai sensi della Costituzione del 1988, il quale all'epoca fu letto da vari interpreti come un segnale di forza dell'ancor giovane democrazia brasiliana<sup>120</sup>, in grado di sopravvivere senza destabilizzazioni alla destituzione, con mezzi pacifici e costituzionalmente legittimi, del titolare della massima istituzione federale<sup>121</sup>, a differenza dei numerosi *golpe* del passato che avevano perlopiù condotto alla rottura dell'ordinamento democratico<sup>122</sup>.

---

<sup>117</sup> Rattinger, *op. cit.*, 148 s.

<sup>118</sup> Per quanto Kada, *Impeachment as a Punishment for Corruption? The Cases of Brazil and Venezuela*, cit., 130 osservi che “*The president, nevertheless, clung to his belief that he could escape conviction until the very last moment, refusing to resign until it was too late*”.

<sup>119</sup> Rattinger, *op. cit.*, 149.

<sup>120</sup> Sallum Jr., Stolle Paixão e Casarões, *op. cit.*, 164.

<sup>121</sup> Così M. M. B. Collor di Lima, *Opções de Sistemas de Governo para o Brasil: o caminho da construção da estabilidade democrática*, in K. Hermanns, F. Moraes (eds.), *Reforma política no Brasil. Realizações e perspectivas*. Fortaleza, 2003, 93, citato da Paffarini, *op. cit.*, 568, nota 47.

<sup>122</sup> Si tratta di un'osservazione condivisa da vari autori, come, Hochstetler, *The Fates of Presidents in Post-Transition Latin America: From Democratic Breakdown to Impeachment to*

### 5.3. Il caso Rousseff: vicende e commento

Sarebbero trascorsi molti altri anni prima che il procedimento venisse di nuovo attivato, ossia in occasione della vicenda, relativamente recente, dell'*impeachment* contro Dilma Rousseff nel 2016.

Per introdurre anche questo caso, occorre di nuovo fornire alcune notizie sui suoi antefatti politici, che ne hanno condizionato in maniera probabilmente decisiva caratteri e svolgimento. Ci riferiamo al clima generale di crisi politica che ha pervaso il Brasile negli ultimi anni, influenzato da fattori come una profonda crisi economica, la forte insoddisfazione dei cittadini verso la gestione della situazione da parte di istituzioni e forze politiche e, soprattutto, i numerosi scandali che frequentemente emergono nel Paese sudamericano, rivelando fenomeni di corruzione ed altri illeciti penali che interessano vasti settori della classe politica<sup>123</sup>. Proprio una di queste inchieste, il c.d. caso *Lava-Jato*, costituì la miccia che fece esplodere la controversia.

Per riassumere brevemente una vicenda complessa e discutibile<sup>124</sup>, l'inchiesta giudiziaria in questione, avviata nel 2014, portò alla luce uno scandalo di corruzione senza precedenti, che coinvolgeva esponenti di pressoché tutti i partiti rappresentati nel Congresso, fra i quali il Partito dei Lavoratori (PT), al quale apparteneva l'allora Presidente della Repubblica Dilma Rousseff, accusati di aver creato uno schema per appropriarsi illecitamente di denaro sfruttando l'azienda petrolifera nazionale Petrobras. Le indagini, che riguardarono anche l'ex Presidente Lula, predecessore e compagno di partito di Rousseff, scatenarono ben presto una crisi politica, alimentata tanto dalla forte impopolarità dell'amministrazione in carica (che ovviamente di per sé non poteva, in un sistema presidenziale, comportare direttamente la fine anzitempo del mandato)<sup>125</sup>, quanto dall'ostilità di due dei maggiori partiti brasiliani. Questi erano il PMDB di Eduardo Cunha, alleato del PT come membro della coalizione di governo ma fortemente critico verso le politiche più progressiste della Presidente Rousseff, ed il PSDB, principale partito di opposizione, capeggiato da Aécio Neves, sconfitto dalla stessa Rousseff nelle elezioni presidenziali del 2014 e che aveva contestato la

---

*Presidential Breakdown*, cit., 126 ss., secondo la quale oggigiorno, al contrario del passato, in America Latina "*presidential breakdown*" non è più sinonimo necessario di "*democratic breakdown*", perché i regimi democratici sembrano ormai abbastanza solidi da resistere anche ad un evento traumatico come la rimozione del Capo dello Stato per via non elettorale, in altri tempi sufficiente a travolgere quasi automaticamente l'ordinamento democratico vigente, pur ammettendo che spesso non è facile tracciare una netta distinzione fra i due fenomeni di rottura. Riprenderemo l'argomento nelle conclusioni.

<sup>123</sup> F. Nunes, C. Ranulfo Melo, *Impeachment, Political Crisis and Democracy in Brazil*, in *REVISTA DE CIENCIA POLÍTICA / VOLUMEN 37 / N° 2 / 2017 / 281-304*, 282.

<sup>124</sup> Per un breve riassunto delle origini dell'inchiesta e delle sue ripercussioni sul mondo della politica si rimanda a R. Dias, *L'operazione Lava-Jato: una mani pulite brasiliana?*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2016, 20 aprile 2016.

<sup>125</sup> Come ricorda *ibidem*, 4, in Brasile non esiste "il meccanismo del *recall* o del voto di sfiducia, tipico dei sistemi parlamentari", ma è contemplato solo il ricorso all'*impeachment*, che presuppone come minimo la commissione di un 'crimine di responsabilità'".



regolarità di queste ultime, minando sin dal principio del suo secondo mandato la legittimazione di Rousseff<sup>126</sup>.

In questo clima, non passò molto prima che cominciassero a levarsi voci in favore dell'*impeachment* della Presidente, accusata di essere in qualche modo connivente verso il malaffare, anche per i ruoli di spicco che aveva ricoperto sotto la presidenza Lula, in particolare nella stessa Petrobras<sup>127</sup>, per quanto non fosse difficile individuare distinte motivazioni politiche dietro a questi attacchi, volti almeno in parte a cercare di spostare l'attenzione su una figura già politicamente debole ed impopolare<sup>128</sup>. La rottura della coalizione presidenziale ed il deterioramento delle relazioni fra la presidenza ed il Congresso<sup>129</sup> spinsero alcuni parlamentari avversari della Presidente Rousseff ad agire, presentando diverse petizioni che ne chiedevano l'*impeachment* alla Presidenza della Camera, ma solo una di esse fu accettata nel dicembre del 2015, dando così ufficialmente inizio al procedimento.

Le accuse si incentravano su diversi capi di imputazione, fra i quali spiccava quello rivolto al Capo dello Stato di non aver vigilato adeguatamente, nel periodo in cui aveva presieduto il consiglio di amministrazione della Petrobras, sullo svolgimento di alcune transazioni poi risultate di carattere illecito o opaco. Per quanto si trattasse dell'accusa probabilmente più grave e significativa a livello di prestigio politico, essa fu in seguito respinta in quanto, a giudizio del Procuratore Generale e più tardi del Supremo Tribunale Federale, la condotta oggetto

---

<sup>126</sup> L. Avritzer (2017) *The Rousseff impeachment and the crisis of democracy in Brazil*, *Critical Policy Studies*, 11:3, 352-357, DOI: 10.1080/19460171.2017.1363066, 353, traccia l'inizio della crisi alle dimostrazioni del giugno 2013, pur non mancando di riconoscere la grave inadeguatezza della Presidente nel reagire e mantenere la propria base di sostegno politico.

<sup>127</sup> Su queste controversie Rattinger, *op. cit.*, 152.

<sup>128</sup> Di un tentativo di sacrificare Rousseff come "*the scapegoat for Brazil's multiple crises*", oltre che di approfittarne per eliminarla politicamente parla *ibidem*, 154. Almagro Castro, *op. cit.*, 29, sottolinea come la campagna pro-*impeachment* fu dominata da *media* associati ai partiti conservatori, i quali ebbero buon gioco a giustificarla col richiamo alla corruzione imperante nel PT, trascurando allo stesso tempo i filoni giudiziari che interessavano le proprie forze politiche di riferimento. Né deve essere sottovalutato il fatto che Dilma Rousseff fosse la prima donna a ricoprire la carica di Presidente del Brasile: come spiegano M. E. Pessoa do Amaral, J. M. Arias Neto, *Perversão e política no impeachment de Dilma Rousseff*, in *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación* N.º 135, agosto - novembre 2017 (*Sección Monográfico*, pp. 55-70) ISSN 1390-1079 / e-ISSN 1390-924X, i suddetti *media* si basarono su questa circostanza per istigare una vera e propria campagna d'odio contro la Presidente, vittima di deprecevoli insulti a sfondo sessista.

<sup>129</sup> Evidenziati in modo particolare da un avvenimento direttamente connesso all'avvio del procedimento d'*impeachment*, ossia l'elezione del leader del PMDB, Cunha, alla carica di Presidente della Camera, la cui vittoria sul candidato del PT portò ad ulteriori screzi fra i due partiti, nonché ad una grave crisi dei rapporti fra esecutivo e legislativo. Lo stesso Cunha si servì in maniera strategica della minaccia di esercitare il potere (garantitogli dalla Costituzione) di dichiarare ammissibili le richieste di *impeachment* presentate al suo ufficio per tentare di condizionare l'operato della Presidente Rousseff, attraverso la minaccia di dare il via alla macchina dell'*impeachment* se la sua richiesta di protezione dalla persecuzione penale non fosse stata accolta (Nunes, Ranulfo Melo, *op. cit.*, 285 ss.). Peraltro, come ricorda Paffarini, *op. cit.*, 554, Cunha fu rimosso dalla carica per accuse di corruzione poco dopo l'inizio del procedimento contro Rousseff.

dell'accusa si riferiva ad un periodo antecedente a quello dell'inizio del secondo mandato della Presidente, e quindi non poteva rilevare ai fini della disciplina costituzionale sull'*impeachment*<sup>130</sup>. Accantonata l'accusa in questione per questo motivo, oltre che per la mancanza di prove concrete di comportamenti censurabili da parte della Presidente in relazione alle vicende del *Lava-Jato*<sup>131</sup>, rimanevano comunque altre due imputazioni, apparentemente minori e strettamente collegate fra di loro, che tuttavia si sarebbero dimostrate decisive ai fini del successo finale del procedimento di rimozione.

Esse non concernevano la commissione di illeciti penali in senso proprio, ma piuttosto infrazioni di natura tecnico-giuridica in materia finanziaria. La prima era l'accusa rivolta alla Presidente di essere ricorsa all'espedito, ben noto alla politica brasiliana, delle c.d. *pedaladas fiscais*. L'esecutivo avrebbe omesso di trasferire fondi del Tesoro ad alcune banche di proprietà pubblica al fine di impiegarli per l'erogazione di prestazioni economiche alla cittadinanza secondo gli schemi di protezione socio-previdenziale istituiti dai governi del PT; in altre parole, avrebbe svolto operazioni di credito illecito, in quanto effettuate senza la debita autorizzazione del Parlamento, come invece prescrive la *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Ad essa conseguiva quasi automaticamente la seconda, ossia l'emanazione da parte della Presidente di sei decreti che disponevano l'allocatione delle suddette somme ai vari programmi da finanziare, sempre in assenza di un'apposita autorizzazione da parte del Congresso.

I detrattori della Presidente Rousseff allegavano esempi di queste pratiche risalenti sia al mandato attuale che a quello precedente, spingendosi fino a sostenere che ella avesse deliberatamente fatto impiego di tale tecnica allo scopo di far apparire il *deficit* statale minore del suo ammontare reale e di finanziare programmi sociali di grande respiro, specie a favore delle classi meno abbienti, nel periodo immediatamente precedente alle elezioni presidenziali del 2014, in modo da assicurarsi il favore popolare necessario ad essere rieletta. Al contrario, la difesa del Capo dello Stato cercò di controbattere alle accuse sostenendo che, in realtà, quella delle *pedaladas* sarebbe stata una prassi assolutamente comune alle amministrazioni brasiliane, praticata da tutti i Presidenti precedenti a prescindere dalla loro appartenenza politica, la quale proprio per questo motivo non era mai stata giudicata in modo eccessivamente negativo, o tantomeno illecito, dal mondo politico. Si deve però ricordare che, con un gesto senza precedenti, il Tribunale dei

---

<sup>130</sup> Rattinger, *op. cit.*, 152. M. Figueredo, *Il Brasile alla prova del diritto: l'impeachment del Presidente Dilma Rousseff tra cause e conseguenze*, in DPCE online, 2016/1, 147 aderisce invece all'opinione secondo la quale, in caso di rielezione, il Presidente può essere ritenuto responsabile di quanto compiuto nell'esercizio delle sue funzioni nell'arco di quello che deve considerarsi un unico, lungo mandato, ritenendola l'interpretazione "più realistica e [che] più e meglio si conforma al principio di ragionevolezza e al principio repubblicano".

<sup>131</sup> Le quali, tuttavia, non avrebbero mancato di esercitare una loro influenza, sia pure in via di fatto, sull'esito dell'*impeachment*, almeno secondo l'interpretazione che ne dà Paffarini, *op. cit.*, 566 ss., per il quale l'opposizione parlamentare avrebbe approfittato del clima di indignazione popolare per "presentare l'*impeachment* come una battaglia decisiva della guerra alla corruzione" e "dare maggiore legittimazione ad una dubbia ipotesi di *crimes de responsabilidade*".

Conti federale presentò al Senato un parere negativo sul bilancio statale per il 2014, nel quale si spingeva ad ammettere la scarsa trasparenza nella gestione finanziaria dell'amministrazione Rousseff, ad indicare che, probabilmente, le irregolarità rilevate erano tutt'altro che trascurabili<sup>132</sup>.

Ad ogni modo, le accuse parvero materiale sufficiente a buona parte del Congresso per procedere ulteriormente con l'*impeachment*. Così, il 17 aprile 2016 la Camera dei Deputati votò sulla messa in stato di accusa della Presidente per le imputazioni di cui sopra, votazione che vide favorevoli all'accusa ben 367 parlamentari contro 167, superando così la soglia dei 2/3 richiesta a questi fini dalla Costituzione. Allo stesso modo, meno di un mese dopo (12 maggio), il Senato votò per avviare formalmente il processo davanti a sé (55 a 22): in conseguenza di ciò, la Presidente Rousseff fu, conformemente alle previsioni costituzionali, sospesa temporaneamente dalla carica, ed i suoi poteri furono esercitati in sua vece dal Vicepresidente Temer<sup>133</sup>.

Da allora gli eventi procedettero in modo relativamente stabile e rapido. Nonostante i tentativi di contrastare le accuse alla Presidente nel processo davanti al Senato, e nonostante le controversie politiche che nel frattempo erano emerse, con manifestazioni popolari favorevoli e contrarie all'*impeachment* che si fronteggiavano, ventilando l'accusa che il Congresso stesse portando avanti un vero e proprio *golpe* contro Rousseff<sup>134</sup>, le condizioni politiche per la sua permanenza in carica si erano ormai dissolte, rendendo inevitabile la sua rimozione. Così, il 31 agosto, in un'ultima votazione, il Senato si pronunciò, ancora una volta in proporzione schiacciante (61 favorevoli contro 20 contrari, oltrepassando la maggioranza qualificata dei 2/3), a favore della condanna di Dilma Rousseff, destituendola così dalla carica di Presidente della Repubblica.

Peraltro, è degno di nota osservare come, a differenza di quanto accaduto con l'*impeachment* di Collor, nell'occasione in questione il Senato decise di "sdoppiare" la votazione finale in due segmenti distinti: uno relativo alla condanna politica di Rousseff per le accuse che le erano state mosse ed alla sua rimozione,

---

<sup>132</sup> *Ibidem*, 558 ss. L'autore svolge anche un'approfondita analisi della perizia tecnica sul bilancio presentata durante il processo davanti al Senato, e ricostruisce come essa evidenziasse (564 s.) "l'esistenza dell'elemento oggettivo del crimine senza però riscontrare alcuna dolo, la quale, occorre ricordarlo, è ritenuta dalla dottrina prevalente una condizione necessaria per la condanna, data l'assenza di previsioni che attribuiscono rilevanza ad ipotesi colpose (come, ad esempio, le omissioni nella sorveglianza dei conti pubblici)". Anche Figueiredo, *op. cit.*, 147, sostiene che si avrebbe un *crime de responsabilidade* per violazione dell'art. 36 della legge sulla responsabilità fiscale solo in caso di interventi fraudolenti e deliberati sul bilancio, e che comunque tale responsabilità ricadrebbe sul Segretario del Tesoro piuttosto che sul Capo dello Stato.

<sup>133</sup> Si veda G. Maccarone, *Brasile. Il Senado federal approva l'impeachment per la Presidente Rousseff*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 11, 1° giugno 2016 (25 maggio 2016). Come sottolinea Almagro Castro, *op. cit.*, 44, Temer iniziò immediatamente ad esercitare i propri poteri provvisori adottando provvedimenti dotati di "un alto valor simbolico e ideologico", volti ad annullare le politiche maggiormente progressiste ed inclusive dell'agenda Rousseff, il che non contribuisce certo a far apparire meno interessate le azioni dei sostenitori dell'*impeachment*, perlopiù avversi alle politiche del PT.

<sup>134</sup> Nunes, Ranulfo Melo, *op. cit.*, 287 s.

l'altro invece relativo alla questione della privazione dei diritti politici dell'ex Presidente e che si risolse con esito favorevole a quest'ultima per il mancato raggiungimento della maggioranza prescritta. Come la dottrina non ha mancato di osservare<sup>135</sup>, si tratta di una procedura che, pur avendo una possibile base nell'articolo 68 della legge ordinaria sull'*impeachment* del 1950, pare contrastare con il dettato dell'articolo 52 della Costituzione (che implicherebbe invece l'interdizione dai pubblici uffici e la perdita dei diritti politici come conseguenze automatiche del voto di condanna), ponendo dubbi di costituzionalità e distaccandosi nettamente dal precedente del 1992, dove la votazione fu unica e si concluse con una condanna sotto entrambi i punti di vista. Forse, possiamo azzardare, la scelta di procedere in questo modo, così come il minor distacco fra voti favorevoli e contrari nel caso di specie, potrebbero essere dovuti al fatto che, apparendo piuttosto evidente la motivazione politica del procedimento, diversi esponenti della maggioranza parlamentare preferirono non "infierire" infliggendo anche una sanzione dalle conseguenze così pesanti e durature in aggiunta a quella della rimozione, e sfruttarono quindi un *escamotage* dovuto al mancato coordinamento fra fonti di grado diverso.

La vicenda presentò un ultimo strascico giuridico alla fine del 2016, quando Rouseff si rivolse al Tribunale Supremo per contestare giudizialmente la sua rimozione, allegando che nel corso del procedimento non era stato dimostrato che la sua condotta avesse comportato rischi per le istituzioni, lo Stato di diritto o l'ordine costituzionale, ma il ricorso fu rigettato<sup>136</sup>. Si tratta di un elemento interessante, perché dimostra come, almeno da parte dell'accusata, si avvertisse la necessità di assicurare che il procedimento fosse conforme a certi requisiti di correttezza costituzionale, la cui assenza avrebbe potuto metterne in forse il risultato, un'esigenza emersa con molta più evidenza nel caso dell'*impeachment* di Lugo in Paraguay<sup>137</sup>. Il seguito politico è invece intricato e poco rilevante ai fini del nostro discorso; quello che ci interessa, invece, è cercare di trarne un bilancio, ed in particolare farlo in un'ottica di comparazione con l'*impeachment* del 1992, alla ricerca di elementi comuni (e non) fra i due.

#### *5.4. Analogie e differenze fra i due procedimenti e fra le loro motivazioni*

Per prima cosa, partiamo da una constatazione apparentemente banale. In entrambi i casi si registra, almeno da un punto di vista formale, un'applicazione piuttosto fedele del procedimento di accusa e di rimozione presidenziale disciplinato dalla Costituzione: la scansione in fasi è rispettata, così come le maggioranze prescritte per ogni votazione, ed il risultato è sempre stato (fino ad ora) lo stesso, ossia la condanna e la destituzione dell'accusato (salva la notazione di cui *supra* in tema di sanzioni accessorie).

---

<sup>135</sup> Lo sottolinea in particolare Rattinger, *op. cit.*, 155, notando anche che "*Although numerous actions contesting the constitutionality of dividing the Rouseff impeachment with two votes have been filed with the Supreme Federal Tribunal, no decision has yet been rendered on the matter*".

<sup>136</sup> Almagro Castro, *op. cit.*, 45.

<sup>137</sup> A riguardo si veda *ultra* in questo elaborato, 48 ss.

Questo ci permette di concludere che, in primo luogo, non si sono registrate vere e proprie violazioni del testo costituzionale, o comunque significative alterazioni della procedura, al contrario di quanto vedremo in seguito per esempi tratti da altri ordinamenti, e che, quindi, sia pur giovane, la Costituzione brasiliana è riuscita ad imporsi e ad essere ampiamente rispettata dagli attori dell'ordinamento, che non potrebbero agire al di fuori di essa con pretese di legittimità. Allo stesso tempo, ciò non significa che manchino le controversie procedurali, dovute in larga parte ai problemi di coordinamento fra la legge ordinaria del 1950 e la Costituzione del 1988, il che lascia un notevole spazio al ruolo del Supremo Tribunale Federale, che specialmente in occasione del caso Rousseff ha avuto modo di “bec[*o*]me the arbitrator of how the rules of the game ought to be played”, intervenendo per risolvere alcune delle principali incertezze circa l'interpretazione delle regole di procedura fissate dalla Camera per l'avvio del procedimento<sup>138</sup>.

Tuttavia, una differenza non da poco è rappresentata dalle motivazioni di ciascuno dei due procedimenti, tali da porre almeno qualche dubbio sulle affermazioni appena fatte.

Nel caso Collor, infatti, l'accusa posta alla base della richiesta di *impeachment* era riconducibile ad alcune ipotesi di *crimes de responsabilidade* prese in considerazione dalla Costituzione, riguardando infatti il mancato rispetto dei principi dello Stato di diritto e gravi violazioni della dignità della carica. Non c'erano però dubbi che dietro le motivazioni strettamente giuridiche si celassero ragioni politiche assai evidenti, le quali facevano capo, da un lato, ai pessimi risultati delle politiche sociali ed economiche adottate dal Presidente, e dall'altro alle gravi e ripetute accuse di corruzione che egli aveva personalmente ricevuto e delle quali esistevano, come minimo, indizi significativi (anche se, come già detto, il processo penale davanti al Tribunale Supremo si concluse con esito favorevole all'ex Presidente)<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> Questo è quanto sostiene J. Zaiden Benvindo, *Institutions Matter: The Brazilian Supreme Court's Decision on Impeachment*, Int'l J. Const. L. Blog, Dec. 31, 2015, at: [www.iconnectblog.com/2015/12/institutions-matter-the-brazilian-supreme-courts-decision-on-impeachment/](http://www.iconnectblog.com/2015/12/institutions-matter-the-brazilian-supreme-courts-decision-on-impeachment/), che, pur ritenendo (erroneamente, come i fatti dimostreranno) che “now that the rules of the democratic game have been settled, it[*l'impeachment* di Dilma Rousseff] has become less likely”, loda la decisione del Tribunale del 16-17 dicembre 2015 su alcuni aspetti della procedura (come la composizione del comitato istruttorio) e la difende contro le accuse di eccessivo attivismo giudiziario mosse da altri autori e dagli istigatori dell'*impeachment*, ritenendo che al contrario il giudice supremo abbia agito in modo ragionevole e trasparente, tenendo conto in modo coerente delle opinioni di maggioranza e di minoranza e dei propri precedenti, col risultato finale che esso “by strengthening the Senate, provided a further institutional filter to inhibit congressmen from transforming the impeachment into a simple motion of censure in a “proto-parliamentary” country. In the end, it preserved the rules of the democratic game and the presidential regime as set out in the Constitution”.

<sup>139</sup> Come osserva Kada, *Impeachment as a Punishment for Corruption? The Cases of Brazil and Venezuela*, cit., 123, “The ruling was disappointing to many Brazilians but not unexpected by legal experts”, a causa della particolare natura dei reati contestati, che per l'assenza di prove fisiche o testimoni rendeva difficile dimostrarne la commissione ai sensi degli *standard* di prova fissati dal diritto penale brasiliano.

Al contrario, nel caso Rouseff, “*the basis on which the president was impeached was far murkier*”<sup>140</sup>: pur non mancando anche in quell’occasione fortissime motivazioni politiche perché la Presidente se ne andasse, dovute alla sua estrema impopolarità presso l’elettorato e gli alleati di governo, esse sembrano nettamente prevalere rispetto al presunto fondamento giuridico dell’operazione. In altre parole, come più volte evidenziato, l’accusa di aver violato, attraverso l’espedito delle *pedaladas*, le norme di legge in materia di responsabilità fiscale e di conseguenza anche una delle fattispecie di responsabilità presidenziale esplicitamente previste dal testo costituzionale (art. 85, VI Cost.) sembrava costituire un presupposto non molto solido per giungere ad una conseguenza drastica come la destituzione del Capo dello Stato. Essa espone i suoi promotori ad accuse di incoerenza e strumentalizzazione politica per aver basato tutta la propria campagna su una condotta che certamente non ha rilevanza penale e che, a quanto è dato ricostruire, è sempre stata molto diffusa nell’ambiente politico brasiliano a prescindere dalle affiliazioni partitiche dei singoli Presidenti<sup>141</sup>.

Se entrambi i casi presi in esame manifestano in modo piuttosto evidente, come dimostrano ad esempio una rapida considerazione delle maggioranze favorevoli all’*impeachment* nelle varie votazioni ed un esame del contesto socio-politico generale, un notevole grado di polarizzazione politica circa la scelta di procedere o meno alla condanna, l’esempio dell’*impeachment* di Rouseff nel 2016 estremizza ancora di più la tendenza. Quanto questo possa essere considerato normale, anche alla luce dell’esperienza di altre realtà (quella statunitense in particolare), e quanto invece vada ascritto a condizioni particolari, se non anomale, dell’ordinamento brasiliano è una questione controversa e complessa, che qui cercheremo di affrontare sinteticamente.

In breve, così come negli Stati Uniti, pare di poter concludere che il Congresso brasiliano ritenga giustificabile un *impeachment* basato su un comportamento dell’accusato che, pur non costituendo un reato, rientri in qualche modo in una delle figure di abuso di potere o di attentato ai cardini dell’ordinamento delineati dalla Costituzione, anche se, ovviamente, le opinioni della dottrina in materia non sono univoche, riflettendo l’eterno dibattito sulla natura penale o meno dell’istituto<sup>142</sup>. Quello in cui differiscono le due realtà, invece, è il livello di politicizzazione coinvolto nella vicenda. Nei due casi brasiliani presi

---

<sup>140</sup> Helmke, *op. cit.*, 5.

<sup>141</sup> Paffarini, *op. cit.*, 559, rileva che esso costituiva “una pratica contabile consolidata dal 1995. Il dibattito politico che è scaturito dall’episodio ha dimostrato che la contro-argomentazione della Rouseff trovava effettivamente conferma nella gestione precedente dei fondi pubblici attuata durante le presidenze di Fernando Henrique Cardoso (1995-2003) e di Lula (2003-2011) e, per questo, non è stata contestata dall’accusa”.

<sup>142</sup> Come riassume Rattinger, *op. cit.*, 142 s., rifacendosi a P. Brossard, *O impeachment – Aspectos da Responsabilidade Política do Presidente da República* (São Paulo: Saraiva, 2nd ed. 1992), al momento nel panorama brasiliano si fronteggiano due tesi opposte: una secondo la quale oggetto dell’*impeachment* sono “*political offenses, related to unlawfulness of a political nature, and politically sanctioned*” (nota 5, 74), ed un’altra, abbracciata dallo stesso Tribunale Supremo, che lo vede come un procedimento al tempo stesso penale e politico, soggetto al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, ma che si svolge davanti ad un giudice politico e comporta (anche) una sanzione politica.

in esame, infatti, l'avvio del procedimento non è stato certamente casuale, ma si è sempre situato in momenti di forte incertezza ed instabilità politica, nei quali la popolarità del Presidente in carica era drasticamente in crisi<sup>143</sup> e la solidità della coalizione politica a sostegno dell'amministrazione presidenziale sempre più compromessa. Appare certamente probabile che, al di là dei motivi giuridici allegati, queste siano state le vere cause che hanno determinato la rottura degli equilibri istituzionali e l'inizio del procedimento di rimozione che, lo ricordiamo, in un sistema presidenziale dovrebbe essere l'eccezione, non la regola.

Ecco allora che, se guardati da un punto di vista politico, essi potrebbero essere letti anche come una presa di distanza del Congresso nei confronti di un Presidente ormai debole e controverso, insomma, come una sorta di "sfiducia" dello stesso da parte dell'organo parlamentare. Si tratta di una procedura che apparirebbe naturale in un sistema parlamentare, ma altamente anomala in un modello sulla carta presidenziale come quello disegnato dalla Costituzione brasiliana, che non fa menzione alcuna di un rapporto di fiducia fra potere legislativo ed esecutivo, ma anzi si premura di garantire la rispettiva autonomia dei due poteri. Quest'ultimo aspetto appare cruciale per una comprensione piena del fenomeno che, come gran parte degli autori sospettano, deve molto più a dinamiche attinenti alla forma di governo ed al sistema politico che non alla pura e semplice disciplina costituzionale dei *crimes de responsabilidade*, con le loro varie fattispecie: in che modo le peculiari caratteristiche del presidenzialismo brasiliano possono aver influenzato il ricorso all'*impeachment*, facendogli assumere connotati diversi da quelli che presenta nell'ordinamento-madre degli USA?

##### *5.5. Una conclusione provvisoria: l'impeachment come forma di responsabilizzazione presidenziale nei confronti del Congresso brasiliano?*

Innanzitutto e riassumendo, per tentare di chiarire come l'attuale configurazione del presidenzialismo brasiliano possa aver influenzato la prassi in materia di *impeachment* in quel Paese occorre partire dalle basi stesse dell'ordinamento costituzionale.

La Costituzione brasiliana del 1988, fra i vari scopi, si proponeva quello di segnare un netto distacco con la precedente fase autoritaria, impedendo il ritorno alla dittatura. Per questo, essa si caratterizzò per un atteggiamento sicuramente progressista in termini di riconoscimento dei diritti e di garanzia degli equilibri istituzionali, ad esempio attribuendo un ruolo di primo piano al Supremo Tribunale Federale, vertice del potere giudiziario<sup>144</sup>. Tuttavia, allo stesso tempo, essa si dimostrò "a very conservative Constitution in terms of the organization of the political system"<sup>145</sup>, prevedendo da una parte una figura presidenziale forte, i cui poteri, paradossalmente, venivano persino incrementati rispetto al periodo

<sup>143</sup> Almagro Castro, *op. cit.*, 41, cita come dati significativi sondaggi che indicavano come il 65% della popolazione fosse a favore dell'*impeachment* di Rouseff, ed addirittura il 75% di quello contro Collor.

<sup>144</sup> Avritzer, *op. cit.*, 353 s.

<sup>145</sup> *Ibidem*, 353.

dittatoriale, e resi particolarmente incisivi in materia di definizione dell'agenda legislativa<sup>146</sup>, eletta secondo un sistema maggioritario, e dall'altra un sistema elettorale per il Congresso su base proporzionale.

Questa situazione, come è facile immaginare, poggiava su di una dicotomia potenzialmente problematica, ai sensi della quale un Capo dello Stato, esclusivo titolare del potere esecutivo e dotato di attribuzioni assai rilevanti in materia di determinazione e conseguimento dell'indirizzo politico, doveva coesistere con un Parlamento bicamerale nel quale, com'era naturale dato il sistema prescelto, sarebbe stato rappresentato un numero molto elevato di partiti, nessuno dei quali titolare della maggioranza assoluta dei seggi. Superficialmente la circostanza descritta può sembrare assimilabile al fenomeno statunitense del *divided government*, dove però, accanto alla coesistenza di una maggioranza presidenziale e di una congressuale di "colori" diversi, si riscontrano elementi che contribuiscono a non esasperare le divergenze, come il carattere maggioritario di entrambi i sistemi elettorali adottati ed il bipartitismo di fatto del sistema politico. Quali sarebbero state le conseguenze pratiche di questa architettura istituzionale sul funzionamento futuro del sistema?

Proprio per via di queste premesse, nonostante sia comune la valutazione che, nei suoi primi tre decenni di vita, la democrazia brasiliana si sia dimostrata finora robusta e vitale<sup>147</sup>, è facile rilevare anche come essa abbia visto lo svilupparsi di una dinamica politico-istituzionale del tutto particolare, definibile come "presidenzialismo di coalizione"<sup>148</sup>. Essa evidenzia un quadro assai peculiare dell'equilibrio fra poteri nella realtà brasiliana rispetto ad altri sistemi presidenziali, un quadro però tutt'altro che statico, bensì mutevole e caratterizzato da una forte dialettica fra Presidente e Congresso, sulla quale ci si soffermerà brevemente.

In breve, mentre il sistema elettorale maggioritario consente l'elezione a Presidente della Repubblica del candidato di una specifica forza politica, a prescindere dalla forza specifica di quest'ultima, il sistema proporzionale al contempo vigente per il Congresso non assicura che quello stesso partito ottenga una percentuale di seggi sufficiente a garantirgli di dare attuazione al proprio programma politico. La conseguenza è che il partito che esprime il Presidente è costretto a cercare alleati fra le altre forze e a formare una coalizione di governo che ammonti ad una maggioranza parlamentare capace di sostenere l'amministrazione.

---

<sup>146</sup> Lo sottolinea L. G. Arcaro Conci, *Presidentialism and the Crisis of Governance in Brazil*, Int'l J. Const. L. Blog, Oct. 13, 2018, at: [www.iconnectblog.com/2018/10/presidentialism-and-the-crisis-of-governance-in-brazil/](http://www.iconnectblog.com/2018/10/presidentialism-and-the-crisis-of-governance-in-brazil/).

<sup>147</sup> Così Kingstone, P., and T. Power, 2008, *Democratic Brazil Revisited*, Pittsburg: Penn Press e Monteiro, A., 2014, *Brazil: Reversal of Fortune*, London: Polity Press, citati da Avritzer, *op. cit.*, 352.

<sup>148</sup> Termine coniato dal costituzionalista brasiliano S. Abranches, *Presidencialismo de Colalizão. O dilema institucional brasileiro*, in *Revistas de Ciências Sociais*, 31, 5-34 (1988) e poi ampiamente ripreso dalla dottrina di quel Paese, come osserva Paffarini, *op. cit.*, p. 555, nota 9.



A causa della particolare frammentarietà del contesto politico brasiliano<sup>149</sup>, dominato da un numero molto alto di partiti a livello statale e federale, parecchi dei quali rappresentati nel Congresso<sup>150</sup>, i Presidenti brasiliani hanno sempre dovuto trattare con tali soggetti per acquisirne il sostegno, portando così alla formazione di gabinetti presidenziali molto variegati e numerosi, dove le diverse forze della coalizione trovavano rappresentanza secondo un complesso equilibrio<sup>151</sup>. A sua volta, l'eterogeneità delle compagini governative ha fatto sì che ben difficilmente un Presidente, quando anche fosse stato il *leader* indiscusso del proprio partito, potesse permettersi di attuare tutti i punti del proprio programma senza dover scendere a compromessi con gli alleati e così "annacquarelo", come è stato ad esempio evidente con riguardo ai rapporti fra PT ed altre forze della coalizione durante i due mandati di Dilma Rousseff<sup>152</sup>.

Il Congresso, attraverso il quale devono necessariamente passare gli accordi relativi alle varie misure proposte dall'amministrazione, ha così conquistato un'importanza non trascurabile negli equilibri del sistema<sup>153</sup> grazie ai suoi margini di influenza e pressione sul capo dell'esecutivo che, per quanto possa essere titolare di poteri significativi, non potrà, rappresentando di per sé una fazione politicamente minoritaria, esercitarli in modo pieno ed efficace e quindi conseguire i propri scopi politici senza la collaborazione del potere legislativo. Tale collaborazione che, per i tratti fin qui delineati, sembra avvicinarsi molto a schemi propri degli ordinamenti parlamentari più che del sistema americano, dove emerse per la prima volta il modello presidenziale propriamente detto e nel quale legislativo ed esecutivo sono fra loro in buona parte indipendenti, sulla scia dell'accoglimento di una versione rigida del principio di separazione, e ad ogni

---

<sup>149</sup> S. Mainwaring, *Multipartitism, Robust Federalism and Presidentialism in Brazil*, in Mainwaring, Shugart, *op. cit.*, 55-109, citato da Mezzetti, *Le democrazie incerte*, cit., 353 s., definisce quello brasiliano uno dei "peggiori casi" di frammentazione ed indisciplina del sistema partitico in uno Stato federale, tale da avere gravi ripercussioni sulla stabilità governativa e sull'efficacia dell'azione legislativa presidenziale. Tuttavia Mezzetti contesta, anche sulla base di un'analisi comparativa estesa ad altri Paesi dell'area, una conclusione così netta, ricordando come, ad esempio, consistenti poteri normativi presidenziali (previsti in Brasile) possono compensare gli svantaggi in termini di disciplina della coalizione, a loro volta in concreto meno significativi di quanto sostenuto da Mainwaring.

<sup>150</sup> Paradigmatico l'esito delle elezioni del 2014, all'indomani delle quali, secondo Nunes, Ranulfo Melo, *op. cit.*, 285, "the country faced the most fragmented Congress in its history", con un numero effettivo di partiti che andava dagli 8,4 del Senato ai 13,3 della Camera.

<sup>151</sup> Non c'è allora da stupirsi se, come riportano *ibidem*, all'inizio del suo secondo mandato l'amministrazione Rousseff poggiava su una coalizione comprendente ben dieci partiti e che ammontava in teoria ad una maggioranza di 328 voti (64% della Camera), la quale "however, never worked". Con riguardo alla composizione ministeriale dei governi, Avritzer, *op. cit.*, 354, ammette, comparando fra loro varie amministrazioni succedutesi nel tempo: "This system drastically reduced the efficiency of the federal administration. The turnover of ministerial positions was dramatic. Cardoso had 98 ministers, Lula had 105, and Dilma with 5 and ½ years of presidency had 115".

<sup>152</sup> Specie il PMDB, che Almagro Castro, *op. cit.*, 29 definisce "un partido cartel, únicamente interesado en adquirir y conservar cuotas de poder en atención a su representatividad parlamentaria".

<sup>153</sup> Come osserva Arcaro Conci, *op. cit.*, "On the other hand, even if the government rates of success and dominance of the Parliament are very high, which demonstrates the ascendancy of the Government over Congress, the hyper-fragmented party system balances that power".

modo la collaborazione fra i due dovrebbe essere facilitata dal sistema elettorale che produce un bipartitismo di fatto. In Brasile, al contrario, la separazione è molto più sfumata, rendendo necessaria ed inevitabile una continua contrattazione fra il Presidente ed il Congresso, perché il primo non può governare senza il sostegno di una maggioranza dell'altro, ma costruire e mantenere la maggioranza in questione è un'operazione complessa, anche per le caratteristiche specifiche del sistema partitico<sup>154</sup>.

Si delinea perciò un modello di relazioni fra istituzioni assai specifico, incentrato su una necessità di collaborazione fra esecutivo e legislativo che è influenzata da fattori non statici come l'ampiezza e la solidità della maggioranza a sostegno dell'amministrazione e la maggiore o minore capacità del *leader* della coalizione di trovare una posizione di sintesi fra istanze a volte anche piuttosto differenti. Il ritratto del presidenzialismo brasiliano offerto da queste osservazioni è quello di un sistema degno di nota sotto vari aspetti, corrispondente ad una categoria peculiare nell'ambito delle tassonomie sperimentate dagli studiosi del presidenzialismo latinoamericano, i quali, se dal punto di vista del dettato costituzionale lo vedono come un esempio (sia pure *sui generis*) di "*presidencialismo puro*", particolarmente vicino alla matrice statunitense, da un'altra prospettiva, quella della pratica politico-costituzionale, lo ritengono un caso di "*presidencialismo equilibrado*", nel quale il Presidente, privo di una maggioranza parlamentare "propria", è spinto a costruirne una attraverso misure stabili o *ad hoc*, collaborando con i vari partiti presenti sulla scena politica<sup>155</sup>. Si riscontrano, anche a questo proposito, alcune analogie con il paradigma del *divided government* negli USA, laddove il Presidente che si trovi a dover fare i conti con una maggioranza congressuale politicamente poco omogenea è spesso costretto a scendere a compromessi anche con esponenti del partito avversario per ottenere il loro assenso all'approvazione di specifiche misure legislative, un compito che, tuttavia,

---

<sup>154</sup> *Ibidem*, osserva come la maggiore parte dei partiti rappresentati nel Congresso siano "*unrelated to any specific political ideology and strategically positioned to negotiate administrative positions in exchange for government support*", caratterizzati da una forte influenza dei singoli deputati e senatori, i quali pretendono lo stanziamento di fondi a favore dei propri collegi elettorali, e da una visione personalistica e verticistica della politica, con un'organizzazione interna scarsamente trasparente e democratica.

<sup>155</sup> Il riferimento è ancora una volta alle citate classificazioni di Carpizo, *op. cit.*, il quale considera il caso brasiliano sotto due profili diversi, quelli della "*norma constitucional*" e della "*realidad constitucional*", ognuno incentrato su piani di analisi differenti. Per quanto riguarda il secondo profilo, l'autore precisa che esso presuppone come condizioni il "*bipartidismo, tripartidismo o multipartidismo, generalmente, de carácter moderado*" (ma quest'ultima caratteristica in realtà non sembra riscontrarsi nell'esperienza brasiliana, dominata da un'estrema frammentazione delle forze politiche), la disponibilità del Presidente a collaborare col Congresso, una disciplina di partito non eccessivamente rigida, rispetto da parte di ciascun potere delle proprie competenze delineate dalla Costituzione, un funzionamento adeguato del sistema di controlli costituzionali volti a garantire l'equilibrio dei poteri e un alto tasso di successo delle iniziative presidenziali, sia pur a prezzo di negoziati e compromessi con gli esponenti del proprio partito e di quelli alleati. Carpizo aggiunge inoltre che, nell'ambito della forma di governo presidenziale, il tipo da ultimo evidenziato "*es probablemente el que responde mejor a la idea de democracia con gobernabilidad*", e che, oltre al Brasile, esso attualmente vige anche in altri Paesi della regione, ad es. Cile, Perù, Uruguay.

risulta forse meno complesso in un sistema politico come quello americano notoriamente caratterizzato da tassi relativamente scarsi di disciplina di partito nei due (unici) partiti rappresentati nel Congresso<sup>156</sup>.

Forse allora non è un caso che, come parte della dottrina ha osservato<sup>157</sup>, a cadere vittima dell'*impeachment* siano stati proprio Collor e Rouseff, due politici che, al di là delle rispettive differenze ideologiche, erano ampiamente visti come personaggi “difficili”, estremamente sicuri di sé e poco inclini, anche dal punto di vista del temperamento personale, ad accettare critiche e a collaborare con altri. In altri termini, la loro sorte sarebbe stata segnata dalla loro incapacità di mantenere in piedi le alleanze che avevano costruito a sostegno delle proprie amministrazioni, incapacità che, oltre a rivelarsi deleteria per la gestione della politica nazionale, si sarebbe ritorta contro di loro al momento dell'*impeachment*. Effettivamente, per allargare un po' il panorama, l'esperienza di altri ordinamenti latinoamericani dimostra che la maggiore o minore propensione di un Presidente a costruire e mantenere un'alleanza solida con altre forze politiche a sostegno del proprio potere è stata spesso un fattore decisivo nell'assicurarne la maggiore o minore stabilità nella carica di fronte a tentativi di rimozione attraverso procedimenti di *impeachment* o altri strumenti<sup>158</sup>.

Il quadro che emerge dall'analisi di entrambe le vicende, quella del 1992 e quella del 2016, è quello di due Presidenti indeboliti, impopolari presso l'elettorato a causa delle loro politiche ed in cattivi rapporti con gli alleati di governo per una serie di ragioni<sup>159</sup>. Nel caso di Collor accanto alla pessima gestione delle politiche economiche si aggiungevano i numerosi scandali di corruzione che affliggevano l'amministrazione e soprattutto il Presidente stesso<sup>160</sup>, in modo non troppo differente da quello di Rouseff, dove alla situazione economica nazionale in fase di crisi e stagnazione dopo anni di crescita economica e delle reti di protezione sociale si aggiungevano sia il (presunto) coinvolgimento della Presidente nello scandalo Petrobras<sup>161</sup>, che pure non costituì formalmente materia di *impeachment*,

---

<sup>156</sup> Per maggiori informazioni a questo proposito si rimanda, ad esempio, alla disamina svolta da M. Comba, *Gli Stati Uniti d'America*, in Carrozza, Di Giovine, Ferrari, *op. cit.*, 94 ss.

<sup>157</sup> Sallum Jr., StollePaixão e Casarões, *op. cit.*, 165 ss., che parlano addirittura di un comportamento politicamente suicida e schizofrenico di Collor; Almagro Castro, *op. cit.*, 41.

<sup>158</sup> Del tema si sono occupati diversi autori. Ad esempio, Llanos, Marsteintredet, *op. cit.*, 187, osservano, citando Pérez-Liñán, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, *cit.*, 133, che “isolated presidents and, to a lesser extent, presidents who adopt a confrontational stance vis-à-vis Congress are more likely to be impeached, while presidents who build extensive legislative coalitions early in their terms are likely to be shielded”, e poco più avanti (192) citano proprio Collor come esempio di Presidente la cui caduta fu profondamente influenzata dall'incapacità di raggiungere accordi con l'opposizione.

<sup>159</sup> I punti in comune fra le due vicende sono così riassunti da Almagro Castro, *op. cit.*, 42: “a) escaso carisma del mandatario; b) falta de apoyo político; c) rechazo social expreso, si bien superior en el caso de Collor, manifestado a través de la plataforma social Caras Pintadas; d) una situación de crisis económica in crescendo”.

<sup>160</sup> Non bisogna, tuttavia, sopravvalutare l'utilità dell'*impeachment* come strumento di lotta alla corruzione; anzi, come rileva Kada, *Impeachment as a Punishment for Corruption? The Cases of Brazil and Venezuela*, *cit.*, 135, essa è limitata, poiché “the legislature cannot take the material gains of corruption away from the executive”, ma può solo farne valere *ex post* la responsabilità politica.

<sup>161</sup> Presumibilmente a danneggiare la credibilità di Rouseff sia presso il mondo politico che

sia le sue (non pienamente dimostrate) irregolarità in materia di bilancio. A causa dello *status* minoritario dei loro partiti politici di riferimento, è stato sufficiente che entrambi i Presidenti venissero abbandonati dagli alleati perché il loro destino fosse segnato, e persino all'interno dei loro stessi partiti si verificarono defezioni di massa a favore della condanna<sup>162</sup>.

In altre parole, una maggioranza parlamentare insoddisfatta dell'operato del capo dell'esecutivo ha, per ben due volte nella storia recente brasiliana, optato per rimuoverlo sulla base di ragioni essenzialmente politiche attraverso un meccanismo costituzionale in realtà non predisposto a tale scopo. Comunque la si voglia vedere, ed a prescindere dai (vaghi) parametri giuridici dei quali si è invocata la violazione, i risultati pratici si avvicinano in parte a quelli di un voto di sfiducia, un meccanismo che non dovrebbe avere cittadinanza in un sistema presidenziale. Si tratta quindi di un abuso delle previsioni costituzionali in tema di *impeachment*, volto a conseguire un effetto altrimenti impedito dalla stessa struttura generale dell'ordinamento? Si tratta di un fenomeno patologico, oppure di una situazione in qualche modo giustificabile alla luce dello specifico contesto brasiliano? Si registra un avvicinamento tendenziale e reciproco fra le dinamiche evolutive concrete delle forme di governo parlamentari e presidenziali?<sup>163</sup> La risposta a queste domande non è facile, almeno se si vuole rispondere strettamente in punto di diritto costituzionale.

Quella che sembra emergere è una vera e propria prassi, una concezione diffusa fra gli attori politici brasiliani stando alla quale l'*impeachment* costituisce un valido strumento per rimuovere un *leader* politico non più collaborativo con il Congresso e percepito genericamente come responsabile di una pessima congiuntura politico-economica, se non di colpe più specificamente proprie, una situazione di crisi e di stallo alla quale sembra possibile reagire solo attivando il procedimento di giudizio politico previsto dalla Costituzione. Ma si tratta, a ben vedere, di una forzatura dello scopo originario dell'istituto, che, pur non segnalandosi per la sua totale assimilabilità ad un procedimento penale, e quindi consentendo un certo grado di discrezionalità politica ai soggetti chiamati a valutare le accuse, non dovrebbe neppure ammontare *tout court* ad un puro *recall* del Presidente in carica. Questi, è bene ricordarlo, è eletto a suffragio universale diretto ad intervalli quadriennali, e quindi è responsabile in prima persona verso il

---

presso l'opinione pubblica concorsero anche i suoi stretti rapporti con l'ex Presidente Lula, suo compagno di partito, ed il tentativo di nominarlo ministro all'inizio del 2016 fu da più parti considerato un tentativo di proteggerlo dai processi per corruzione che pendevano sul suo capo conferendogli l'immunità ministeriale, suscitando, specie a seguito della pubblicazione di un'intercettazione fra i due nella quale venivano mosse accuse di politicizzazione al Tribunale Supremo, la reazione sdegnata di quest'ultimo, come rievoca Figueiredo, *op. cit.*, 143 ss.

<sup>162</sup> Per esempio, le statistiche riportate da Kada, *Impeachment as a Punishment for Corruption? The Cases of Brazil and Venezuela*, cit., 124 segnalano che su 114 parlamentari della coalizione di governo ben 79 votarono a favore della messa in stato di accusa di Collor.

<sup>163</sup> Questa è la tesi sostenuta da T. E. Frosini, *Declinazioni del governare*, Torino, Giappichelli, 2018, VI s., che rinvia, per maggiori dettagli alla propria relazione conclusiva *Parlamentarismo come presidenzialismo (e viceversa)*, svolta in occasione del "I Simposio internazionale di diritto elettorale e politico", svoltosi a Rio Janeiro dal 13 al 15 dicembre 2017, in corso di pubblicazione.

popolo da cui trae la sua legittimazione politica, non verso il Congresso che, pur potendo vantare una legittimazione analoga, non dispone di strumenti costituzionali per condizionarlo<sup>164</sup>. Non ci pare quindi fuori luogo parlare per casi come questi, ricorrendo ad una nozione familiare al nostro diritto amministrativo, di un vero “sviamento” del potere di accusa e rimozione, il quale viene contemplato dalla Costituzione con riferimento ad uno scopo ben preciso, ma viene impiegato dal suo titolare, ossia il Congresso, per fini ben diversi da quelli istituzionali, e quindi in teoria illegittimi. Ovviamente, la mancanza di un rimedio effettivo di natura politica o giurisdizionale contro la decisione definitiva dell’assemblea (come lo stesso Tribunale Supremo ha dimostrato rigettando il ricorso dell’ex Presidente Rousseff) rende di fatto non sanzionabili tali violazioni, destinate a rimanere nella sfera delle decisioni “politiche” insindacabili.

Il carattere, se non propriamente eversivo, sicuramente irrituale e controverso di questo impiego della procedura risulta particolarmente evidente nel caso Rousseff, dove l’allegazione di una responsabilità personale della Presidente, pur necessaria sotto il profilo costituzionale, appare una sorta di “foglia di fico” volta a giustificare una mossa che trova le sue vere ragioni, in assenza di fondati sospetti di responsabilità penale diretta o di gravi violazioni costituzionali da parte della stessa, nella diffusa insoddisfazione a livello sociale e politico per le politiche portate avanti dall’amministrazione in carica. Queste ultime sono state ritenute tanto dannose da motivare una rimozione anzitempo del capo dell’esecutivo, senza attendere la successiva scadenza elettorale ed il giudizio popolare sulle sue responsabilità. Anzi, nel caso di specie si pone il problema del possibile rovesciamento surrettizio delle preferenze espresse dall’elettorato<sup>165</sup>, perché allo sfaldamento della coalizione guidata dal PT ed alla rimozione di Rousseff ha fatto seguito l’ascesa alla presidenza del Vicepresidente Temer (esponente, per via del complesso gioco di alleanze, di un partito centrista e moderato, e non di sinistra come quello della Presidente), il quale ha creato un proprio gabinetto dalla composizione alternativa rispetto al precedente ed ha avviato politiche che per molti versi si pongono all’opposto di quelle intraprese

<sup>164</sup> Il concetto è espresso in modo molto efficace da Figueiredo, *op. cit.*, 148: “È anche importante notare che lo strumento per destituire i governi (gestiti da) non competenti, i malgoverni, in un sistema presidenziale, è la *recall election*, che non è prevista dalla Costituzione brasiliana. L’*impeachment* non rappresenta un sostituto del *recall*. L’*impeachment* è un processo politico, un giudizio politico, e una sanzione che si applica attraverso ciò è politica, non ha natura di sanzione penale, ma solamente di revoca del mandato e l’inibizione per otto anni all’esercizio della vita pubblica. Il processo deve avere i requisiti di un giusto processo. Anche se la ricezione della denuncia da parte della Camera dei deputati è ragionevolmente discrezionale, il processo in Senato deve essere guidato dalle norme costituzionali e dalla legge”.

<sup>165</sup> Proprio in questo senso Frosini, *op. cit.*, VI, parla di “torsione politica” di un istituto in origine giuridico, favorita dalla costituzionalizzazione del sistema proporzionale e dalla conseguente dinamica del presidenzialismo di coalizione, che fa sì che una forza minoritaria della coalizione possa, una volta scalzato il *partner* di maggioranza dal voto dell’assemblea, vedersi proiettata alla presidenza, senza che questo corrispondesse alle scelte (politiche) originarie dell’elettorato.

dalla precedente titolare dalla carica<sup>166</sup>. Parlare di un “golpe legislativo” contro Rousseff ci pare francamente esagerato (specialmente se paragonato al caso paraguayano del quale andremo a parlare fra breve), poiché non si può negare che i fautori dell'*impeachment* abbiano agito, in linea generale, nel rispetto delle procedure e delle garanzie costituzionalmente previste, le quali, sulla falsariga dell'esempio statunitense, mirano ad assicurare che il procedimento davanti alle camere del Congresso si svolga secondo forme paragiurisdizionali, in modo tale che l'accusato possa vedere ragionevolmente tutelati i propri diritti di difesa<sup>167</sup>.

Ma nonostante questo, e nonostante il fatto che il suo esito sia stato sostanzialmente accettato anche a livello internazionale<sup>168</sup>, restano numerosi dubbi sulle più ampie implicazioni che la tendenza descritta potrebbe avere sugli equilibri di una dialettica fra poteri già dinamica e duttile.

In conclusione, dalle vicende brasiliane si può trarre la seguente constatazione. In un sistema la cui struttura costituzionale è formalmente e principalmente presidenziale, ma dove le dinamiche politiche dominanti privilegiano un multipartitismo estremo e rendono inevitabile la costruzione di coalizioni parlamentari a sostegno dell'esecutivo, così introducendo un certo grado di instabilità potenziale, l'*impeachment* è diventato il mezzo attraverso il quale reagire all'instabilità quando essa si manifesta, ossia nel momento in cui, a causa di fattori specifici o generici, l'alleanza perde la sua coesione e la *leadership* presidenziale viene contrastata. Rimuovendo il Presidente, che assurge quasi a capro espiatorio, i promotori dell'*impeachment* ritengono presumibilmente di poter risolvere la crisi in modo relativamente semplice e senza allontanarsi dalla legalità costituzionale. Ma si tratta, ovviamente, di una soluzione temporanea ed insoddisfacente, non priva di possibili conseguenze negative come tutte le interpretazioni forzate di un concetto, perché applica l'istituto per una finalità che non è la sua funzione naturale, rischiando di snaturarlo, ed allo stesso tempo non elimina le cause di fondo dell'instabilità. Queste ultime riposano piuttosto su fattori strutturali.

Il presidenzialismo brasiliano, che per le proprie caratteristiche intrinseche e concrete partecipa già di alcune dinamiche *lato sensu* parlamentari, come la necessità di coalizioni per il suo funzionamento, aumenta la propria connotazione in tal senso attraverso l'introduzione di una forma spuria di sfiducia, nell'assenza

---

<sup>166</sup> Avritzer, *op. cit.*, 355 s., mette bene in luce tutte le iniziative, pratiche e simboliche, del nuovo Presidente volte a rompere nettamente la continuità con le amministrazioni del PT.

<sup>167</sup> Anche se, come annota *ibidem*, 355, con riferimento al procedimento, “*The Senate repeated the lower house vote with a large part of the senators who constituted a ‘political jury’ publicly announcing their votes weeks before the presentation of the president’s defense*”, facendo venir meno ogni parvenza di imparzialità.

<sup>168</sup> A questo proposito si veda A. San Martim Portes, *Regime effectiveness and democracy protection: the responses of Mercosur to the impeachment processes in Paraguay and Brazil*, in *Rev. Conj. Aust.* | Porto Alegre | v.8, n.41 | p.58-70 | abr./mai. 2017 | ISSN: 2178-8839, il qual osserva (66) che “*If domestically the impeachment created an intense debate, internationally, the reaction was different*”, poiché, a parte l'isolata protesta del Venezuela, gli altri Paesi del gruppo Mercosur decisero di non ricorrere, al contrario di quanto accaduto in occasione dell'*impeachment* paraguayano del 2012 (vedi la prossima sezione), a misure sanzionatorie nei confronti del Brasile per presunte violazioni del principio democratico.

giuridica di un tale vincolo fra legislativo ed esecutivo. L'equilibrio fra poteri conosce una (almeno momentanea) trasformazione, poiché l'*impeachment* è usato dalla maggioranza del legislativo per far valere una responsabilità del Presidente che è sostanzialmente politica, e quindi esercitare un controllo sul suo operato che vada al di là dell'abituale collaborazione in momenti di stabilità.

Ma non si tratta probabilmente né dell'unico né del più eclatante fra i casi del genere che si sono registrati in America Latina, come cercheremo di illustrare nella prossima sezione con un altro esempio.

## 6. Il caso paraguayano.

### 6.1. Un contesto politico turbolento ed instabile: il tentativo di impeachment contro Cubas Grau (cenni).

Fino ad adesso abbiamo parlato di uno dei principali Paesi dell'America Latina, e dell'uso dell'*impeachment* presidenziale che vi è stato fatto. Tuttavia, proprio come indicato al termine della scorsa sezione, esistono casi analoghi di sospetto impiego partigiano dell'istituto in altri Stati latinoamericani, in relazione ai quali la dottrina ha evidenziato criticità ben maggiori rispetto ai citati esempi brasiliani, se non vere e proprie violazioni del dettato costituzionale e delle garanzie volte ad assicurare la conformità del suo utilizzo ai canoni dello Stato di diritto. Uno dei casi politicamente più controversi, e sul quale diversi autori si sono pronunciati, esprimendo forti dubbi di compatibilità con l'ordinamento costituzionale, almeno se considerato in una prospettiva non puramente formale, ha avuto come teatro uno dei Paesi più piccoli e meno considerati del Sudamerica, ossia il Paraguay.

Il caso sul quale intendiamo concentrarci è quello della messa in stato d'accusa e della rimozione del Presidente paraguayano Fernando Lugo, avvenuto nel 2012, cioè in un periodo intermedio fra l'*impeachment* di Collor e quello di Dilma Rousseff in Brasile. Si tratta di un caso che ha suscitato un forte scalpore sia a livello interno che esterno, con ripercussioni addirittura sulle relazioni internazionali del Paraguay, e la cui problematicità si sostanzia nell'accusa rivoltagli di essere nientemeno che un vero e proprio colpo di Stato contro un Presidente legittimo, sia pur effettuato con mezzi apparentemente legali. Cercheremo di chiarire nel corso dell'analisi se questa valutazione abbia un fondamento costituzionale o sia piuttosto frutto di considerazioni polemiche di natura strettamente politica, esaminando il procedimento, le sue basi politiche e la normativa applicata nelle circostanze concrete. Ci sarà anche lo spazio per un breve confronto con l'esperienza brasiliana, al fine di ricercare eventuali dinamiche politico-costituzionali comuni.

Tuttavia, prima di procedere direttamente all'esame, occorre prima delineare in sintesi il contesto di riferimento e gli antecedenti politici dell'*impeachment* in questione.

Vale la pena di osservare, anzitutto, come il Paraguay abbia avuto una storia alquanto turbolenta nel corso del XX secolo, conoscendo sconvolgimenti sociali,

cambiamenti di regime e lunghi periodi di dittatura<sup>169</sup>. Soltanto all'inizio degli anni '90 esso si è incamminato, nell'ambito di un più generale *trend* coinvolgente l'intera area latinoamericana, verso la democrazia, sancendo il mutamento definitivo con l'approvazione della nuova Costituzione democratica del 1992, la quale, fra l'altro, conteneva una disciplina dell'*impeachment* che approfondiremo in seguito. Tuttavia, questo non ha significato affatto la fine dei problemi per l'ordinamento paraguayano, che continua a soffrire di numerose avversità, fra cui spiccano istituzioni statali ancora deboli ed immature a causa della pesante eredità della dittatura ed una corruzione molto diffusa, oltre a ricorrenti tentativi autoritari ed un diffuso clima di instabilità e violenza politica<sup>170</sup>. A questo riguardo, un caso degno di nota, nonché la prima occasione di ricorso all'istituto del *juicio político* nel nuovo Paraguay democratico, è quello che interessò Raul Cubas Grau, eletto Presidente della Repubblica nel 1998.

Cubas si era originariamente candidato come Vicepresidente in *ticket* con il generale Lino Oviedo, ed in seguito lo aveva sostituito quale candidato principale una volta che Oviedo era stato arrestato ed incarcerato per la sua partecipazione ad un tentato *golpe* militare; una volta eletto, aveva commutato la pena di Oviedo causandone la liberazione anticipata, un atto controverso che lo aveva messo in conflitto con la Corte Suprema. La posizione del Presidente era infine precipitata quando, nel marzo del 1999, il Vicepresidente Luis Argaña, suo rivale politico, fu ucciso in circostanze poco chiare che fecero emergere forti sospetti di un coinvolgimento di Cubas nel delitto, e lo sdegno suscitato sfociò in violente proteste, represses nel sangue dalle forze dell'ordine. Persa ormai gran parte del suo appoggio politico<sup>171</sup>, la Camera dei Deputati votò la messa in stato di accusa del Capo dello Stato, e Cubas decise di dimettersi prima che il Senato potesse pronunciare la sua condanna<sup>172</sup>.

Questo primo caso di ricorso all'*impeachment* nella realtà paraguayana sembra segnare un *trend* anche per il futuro, risentendo fortemente delle circostanze concrete del contesto. In un ambiente approdato solo recentemente alle regole della democrazia liberale, ed ancora bisognoso di pratica e

---

<sup>169</sup> Un riassunto essenziale si trova in J. S. Beittel, *Paraguay: Political and Economic Conditions and U.S. Relations*, February 1, 2010, reperibile all'indirizzo Congressional Research Service 7-5700 [www.crs.gov/R41067](http://www.crs.gov/R41067) (consultato l'11 maggio 2019), 1 s. Degna di nota, per la sua durata ed i suoi effetti perduranti sul sistema politico paraguayano, la lunga fase della dittatura militare di Alfredo Stroessner (1954-1989).

<sup>170</sup> *Ibidem*, 2 s.

<sup>171</sup> Pérez-Liñán, *Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century?*, cit., 2 ricorda come, sebbene il partito di Cubas controllasse il 56% dei seggi della Camera, offrendo così in teoria uno "scudo" contro ogni votazione di *impeachment* al Presidente, esso fosse profondamente diviso al suo interno, e la fazione principale decise di abbandonare Cubas al proprio destino.

<sup>172</sup> Peraltro, come ricorda Helmke, *op. cit.*, 13 anche il successore di Cubas, Luis Gonzalez Macchi, divenuto a sua volta estremamente impopolare, fu il bersaglio nel 2001 e nel 2002 di ben due tentativi di *impeachment*, ai quali riuscì tuttavia a sopravvivere fino alla scadenza naturale del mandato. Llanos, Martsteintredet, *op. cit.*, 191 attribuiscono la permanenza in carica del Presidente alla sua decisione di negoziare con il Congresso anziché inimicarselo, al contrario della strategia già perseguita da Cubas.



consolidamento delle nuove regole costituzionali, il giudizio di rimozione presidenziale viene inaugurato al fine di destituire un Presidente che, nella percezione dell'opinione pubblica, si era inimicato le forze politiche e le istituzioni ed aveva finito per essere associato, non importa con quale fondatezza, a pericolosi tentativi di sovversione dell'ordine costituzionale ed a veri e propri crimini<sup>173</sup>. In altre parole, Cubas venne messo sotto accusa, oltre che per le sue (presunte) responsabilità personali, perché percepito come un attore pericoloso per la stabilità delle istituzioni e dell'ordinamento, e quindi tale da giustificare il ricorso al *juicio político* al fine di salvaguardare l'ordine costituzionale da eventuali tentativi autoritari che la nuova Costituzione voleva rinnegare nettamente. Ovviamente, la minore maturità democratica del contesto paraguayano rispetto a quello brasiliano impone di tenere conto delle debite differenze che possono registrarsi fra i due, come una minore aderenza ai connotati dello Stato di diritto da parte degli attori politici ed una maggiore probabilità di impiego di istituti disciplinati dalla Costituzione per finalità più o meno scopertamente politiche, a prescindere dalla loro funzione principale<sup>174</sup>.

Fissati così i caratteri principali dell'ordinamento che andiamo ad esaminare e rievocato il precedente più significativo, possiamo procedere al caso di nostro interesse.

## 6.2. Il caso Lugo: antefatti politici

Fernando Lugo fu eletto Presidente del Paraguay nell'aprile del 2008. La sua elezione fu da molti salutata come un'occasione di rinnovamento per il Paese, poiché Lugo, ex vescovo cattolico di umili origini, non apparteneva a nessuno dei partiti tradizionali che avevano dominato la politica paraguayana nel XIX e nel XX secolo ed aveva incentrato la sua campagna elettorale sulla promessa di combattere le ingiustizie sociali e migliorare le condizioni di vita dei ceti più bassi in quello che rimane uno dei Paesi più poveri e afflitti da disuguaglianze del Sudamerica. La sua vittoria elettorale aveva posto fine ad una permanenza al potere di ben 61 anni da parte del *Partido Colorado*, sconvolgendo gli equilibri politici consolidati<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Come scrivono Llanos, Martstintredet, *op. cit.*, 192: “*The Cubas Grau case, however, constitutes the most extreme case of confrontation, or even caesarism.[...] This [il sostegno per Oviedo e l’omicidio di Argaña] was a confrontational move that united the opposition and the opposition of the Colorado party and paved the way for the successful impeachment*”.

<sup>174</sup> Lo mette in luce Pérez-Liñán, *Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century?*, cit., 3: “*Paraguay’s experience illustrates how institutional stretching can affect the legal justification for impeachment as well as its procedure*”, ricordando che, anche se Cubas fu accusato formalmente di “*contempt for the Supreme Court*”, era pacifico che la vera ragione del giudizio era il suo asserito coinvolgimento nell’assassinio del Vicepresidente Argaña, e ricordando come, nell’occasione, la Camera dei Deputati “*modified its internal procedures to redefine a two-third majority as 66.5% of the vote, instead of 67%, and the constitutional accusation ultimately passed in the lower house with a difference of just one vote*”, in mezzo ad accuse di gravi irregolarità nella votazione.

<sup>175</sup> L. Martstintredet, M. Llanos, D. Nolte, *Paraguay and the Politics of Impeachment*, in *Journal of Democracy*, Volume 24, Number 4, October 2013, pp. 110-123, 112.

Tuttavia, queste premesse favorevoli non ebbero lo sviluppo sperato, e ben presto Lugo si trovò in difficoltà, per motivazioni legate essenzialmente al quadro politico ed istituzionale del Paese.

Lugo, infatti, era, per così dire una sorta di “Presidente senza partito”, eletto in virtù del suo carisma quale titolare della suprema carica monocratica del Paese, ma contemporaneamente a capo di una coalizione di forze (l’Alleanza Patriottica per il Cambiamento) che non poteva contare su una maggioranza di seggi parlamentari. Questo, in realtà, non ci deve sorprendere, perché ripete uno schema comune a vari Paesi dell’area latinoamericana, e che abbiamo già constatato essere all’opera in Brasile. Anche in Paraguay, in altre parole, si può assistere ad una divergenza fra la legittimazione del Capo dello Stato e quella del partito di sua appartenenza, relativamente forte la prima, molto più debole e minoritaria la seconda, a causa della previsione di diversi sistemi per la loro elezione. Mentre il Capo dello Stato è infatti eletto a suffragio universale diretto dal corpo elettorale, richiedendosi a tali fini il raggiungimento della maggioranza semplice<sup>176</sup>, al contrario le due camere del Congresso sono elette secondo un sistema proporzionale<sup>177</sup>.

La conseguenza, come il risultato delle elezioni del 2008 illustra chiaramente, è il prodursi di un sistema-politico istituzionale per certi aspetti simile a quello brasiliano (sia pur in presenza di un numero inferiore di partiti, meglio strutturati e più coesi), dove la vittoria di un candidato alla carica presidenziale è facilitata, a prescindere dall’effettiva consistenza del suo sostegno parlamentare, dai meccanismi elettorali utilizzati, diversi però da quelli utilizzati per l’elezione del Congresso, dove le forze politiche che riescono ad accedervi ottengono una quantità di seggi correlata al loro effettivo peso politico. In un caso come quello del 2008, con un candidato alla presidenza molto più popolare presso l’elettorato rispetto alla lista elettorale di riferimento, ne possono perciò scaturire esecutivi “di minoranza”<sup>178</sup>, i quali devono giocoforza, se vogliono essere in grado di attuare effettivamente il proprio programma politico, tentare di costruire una

---

<sup>176</sup> Art. 230 Cost. Paraguay.

<sup>177</sup> Come specifica C. J. Filártiga Callizo, *Sistema electoral paraguayo: consideraciones para una reforma constitucional*, all’indirizzo [www.cej.org.py/uploads/files/Reforma%20Constitucional%202020-%20Sistema%20electoral.pdf](http://www.cej.org.py/uploads/files/Reforma%20Constitucional%202020-%20Sistema%20electoral.pdf) (consultato il 27 giugno 2019), 9, ai sensi del *Código Electoral* del 1996 la Camera dei Deputati è eletta “por representación proporcional distribuyendo los restos por el método D’ Hondt” sulla base di circoscrizioni dipartimentali, mentre il Senato è eletto invece in seno ad un’unica circoscrizione nazionale.

<sup>178</sup> Peraltro, come osservato *ibidem*, 17 s., il sistema attuale, basato sul conseguimento della maggioranza semplice (e non assoluta) dei suffragi ha di per sé “*permitido la elección de Presidentes con una cantidad muy baja de votos favorables en relación al electorado total inscripto*”, percentuali già inferiori al 50% e che col tempo non hanno fatto che declinare, lasciandoli deboli ed impopolari alla fine dei loro mandati. A giudizio dell’autore, il problema potrebbe essere risolto (anche guardando in prospettiva comparata all’esperienza di altri Stati latinoamericani come Brasile, Colombia, Cile) mediante l’introduzione a livello costituzionale di un secondo turno elettorale di ballottaggio, il quale “*genera la elección de Presidentes con una base de legitimidad mayor, además obliga a las diversas nucleaciones políticas a consensuar y buscar establecer acuerdos*”.

maggioranza congressuale a proprio sostegno. Questi tentativi vanno ulteriormente posti nel contesto del sistema partitico paraguayano, descritto dalla letteratura (al contrario di quello brasiliano) come particolarmente strutturato e stabile nel tempo, contrassegnato per decenni dalla presenza di pochi partiti piuttosto coesi e disciplinati, e quindi in linea di principio poco aperto a nuovi scenari in grado di sconvolgerne gli equilibri<sup>179</sup>.

In queste condizioni, Lugo si alleò con il PLRA del Vicepresidente Franco, il partito liberale storico avversario dei *Colorados*. Quest'ultimo<sup>180</sup>, in particolare, si oppose ai piani del Presidente per risolvere uno dei problemi endemici del Paese, il latifondismo, attraverso una coraggiosa riforma agraria, relegando sullo sfondo il relativo successo delle politiche perseguite da Lugo in altri settori come la lotta alla corruzione e il miglioramento del servizio sanitario nazionale, e fra i due alleati iniziarono a sorgere contrasti; col tempo la popolarità di Lugo decrebbe vistosamente, in corrispondenza anche ad una serie di scandali attinenti alla sua vita privata<sup>181</sup>. Un primo tentativo di *impeachment* ad opera del *Partido Colorado* ebbe luogo dopo solo un anno dall'inizio del mandato di Lugo, ma in quell'occasione il PLRA intervenne per soccorrere l'alleato di governo facendo valere il proprio peso prevalente nella coalizione per bloccare l'iniziativa<sup>182</sup>. Tuttavia, nel luglio del 2009 esso decise di abbandonare definitivamente la coalizione, lasciando Lugo a capo di un governo di minoranza di fronte ad un Congresso ostile, sempre più impopolare ed incapace di portare avanti il proprio programma in mezzo a ricorrenti minacce di *impeachment*<sup>183</sup>.

A far degenerare una situazione già particolarmente tesa furono i fatti di Curuguaty<sup>184</sup>: nel giugno del 2012 in tale località si verificarono degli scontri fra

---

<sup>179</sup> Tanto che Mezzetti, *Le democrazie incerte*, *op. cit.*, 348 s., riferisce come nella classificazione dei sistemi partitici latinoamericani tentata da S. Mainwaring, T. Scully, *Building Democratic Institutions: Party Systems in Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1995, 17-20 il sistema paraguayano non venga neppure preso in considerazione, in quanto (all'epoca) si configurava ancora come un sistema "egemonico in transizione", ossia ancora non pienamente democratico, a causa del lunghissimo predominio del *Partido Colorado*. Non a caso poco dopo (350) l'autore osserva che il Paraguay (vedi anche la nota *supra*) è uno dei pochi Paesi della regione a prevedere ancora un sistema per le elezioni presidenziali maggioritario senza turno di ballottaggio, che nelle sue parole "favorisce il pluripartitismo e riduce il legame fra le elezioni dell'esecutivo e quelle del legislativo nei sistemi in cui sono contemporanee".

<sup>180</sup> Definito non a caso "il più tradizionale dei suoi alleati, che conservava legami – se pur più tenui di quelli del Partito Colorado – con l'oligarchia agraria" da F. Iusi, *Procedimento di impeachment in Paraguay*, in IRENEE / Université de Lorraine | « Civitas Europa » 2013/1 N° 30 | pages 211 à 212 ISSN 1290-9653 ([www.cairn.info/revue-civitas-europa-2013-1-page-211.htm](http://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2013-1-page-211.htm)).

<sup>181</sup> Consistenti in particolare nell'accusa di aver intrattenuto relazioni sessuali ed aver generato figli quando era ancora un sacerdote; si vedano Martseintredet, M. Llanos, D. Nolte, *op. cit.*, 112 s.

<sup>182</sup> *Ibidem*, 113.

<sup>183</sup> Beittel, *op. cit.*, 5 s.

<sup>184</sup> Martseintredet, Llanos, Nolte, *op. cit.*, 113 s., fanno notare che "*More than the actual killings, however, it was Lugo's handling of the crisis that finally shattered his troubled coalition*", come riferito nel testo. Non bisogna poi trascurare il fatto che la crisi scoppiò quando ormai mancava meno di un anno alle elezioni presidenziali del 2013, ed entrambi i principali partiti iniziavano già a valutare le possibili coalizioni e candidature.

un gruppo di contadini che avevano occupato un latifondo e la polizia inviata a sfrattarli, conclusisi con numerosi morti da entrambe le parti e varie controversie sulla loro dinamica. Lugo venne immediatamente attaccato dai suoi avversari politici per quella che essi giudicarono una gestione poco accorta della crisi, che incluse la rimozione da parte sua del capo della polizia e del Ministro degli Interni e la loro sostituzione con esponenti politici sgraditi sia al PLRA che ai *Colorados*, ormai uniti contro il Presidente. In questo clima maturò la scelta dei due principali partiti del Paese di ricorrere all'*impeachment*.

Al fine di comprendere meglio le dinamiche sviluppatesi nell'occasione e valutare la legittimità costituzionale delle iniziative intraprese, tuttavia, occorre prima una breve premessa circa la disciplina costituzionale dell'istituto in Paraguay.

### 6.3. La disciplina costituzionale del *juicio político* in Paraguay e la sua applicazione nel caso Lugo: implicazioni e controversie. Il ricorso di Lugo alla Corte Suprema

La Costituzione paraguayana del 1992<sup>185</sup> dedica al *juicio político* (riprendendo, così, la dizione diffusa in buona parte dell'area latinoamericana) un'apposita Sezione, la VI (intitolata appunto "*Del juicio político*") nell'ambito del Capitolo I (in materia di disciplina del potere legislativo) del Titolo II sull'organizzazione dello Stato, consistente a sua volta di un'unica ma articolata disposizione, l'art. 225, sulla quale ora ci soffermeremo analizzandola secondo i consueti quattro profili.

Il 1° comma prevede che il Presidente della Repubblica (al pari dei titolari di altre cariche)<sup>186</sup>, potrà essere assoggettato al *juicio político* "*por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes*". Qui si incontra un elemento che si discosta dal modello americano, foriero di conseguenze potenzialmente importanti per le dinamiche della forma di governo. Sembrerebbe infatti di poter desumere che il Capo dello Stato paraguayano sia responsabile, ai sensi della disposizione citata, soltanto per tre tipologie di fattispecie: delitti commessi nell'esercizio delle sue funzioni, delitti comuni e "*mal desempeño*" delle proprie funzioni istituzionali. Se le prime due costituiscono ipotesi ricorrenti anche in altri testi costituzionali, la terza fattispecie presenta invece una formulazione molto più ampia ed aperta ad interpretazioni discrezionali, sulla quale occorrerà tornare in seguito. Basti qui accennare che, ove si ammettesse la possibilità per l'assemblea di sindacare la bontà o meno dell'operato istituzionale del Presidente e di sanzionarlo con la rimozione laddove questo risultasse "cattivo", si finirebbe

<sup>185</sup> Dove l'istituto fa finalmente ritorno nella sua veste originaria. Come riepiloga infatti Balbuena Pérez, *op. cit.*, 369, il *juicio político* fu previsto per la prima volta nella Costituzione del 1870, ma in seguito le Costituzioni del 1940 e del 1967 ne ridussero il campo di applicazione, eliminando dal novero dei soggetti accusabili in questo modo il Presidente della Repubblica ed i Ministri e lasciandovi solo i componenti della Corte Suprema di Giustizia, mentre il Capo dello Stato, privato così della garanzia di un procedimento speciale nei suoi confronti, era perseguibile nelle forme della giurisdizione ordinaria.

<sup>186</sup> "[...] *el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral* [...]".

per ammettere una sorta di controllo della stessa sul capo dell'esecutivo, un controllo evidentemente di tipo politico.

Il 2° comma completa la disciplina, regolamentando le sanzioni applicabili al Presidente e lo schema del procedimento.

Quanto alle prime, si specifica attentamente che l'unico effetto di una decisione sfavorevole agli accusati è quello di “*separarlos de sus cargos*”, aggiungendosi poi che “*En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria*”. Attraverso questa formula di chiusura si confermano, in altre parole, l'indipendenza fra giudizio politico e giudizio penale ed il rispettivo coordinamento, conformandosi all'esempio degli USA come già visto per il Brasile

La stessa disposizione descrive inoltre il procedimento, che nelle linee generali segue il modello bifasico statunitense, e presenta varie somiglianze anche con quello brasiliano, specie per quanto riguarda le maggioranze richieste. Alla Camera dei Deputati, a maggioranza dei 2/3, spetta il compito di formulare l'accusa, laddove al Senato compete, sempre con la stessa maggioranza, “*juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables*”, con gli effetti già visti. Ancora una volta la Camera bassa è competente per la formulazione e la presentazione dell'accusa, mentre davanti alla Camera alta si svolge il processo, che si conclude in caso di condanna con una sanzione esclusivamente politica, quella della rimozione del titolare dell'incarico (non si menzionano invece sanzioni accessorie, quali l'interdizione dagli uffici elettivi contemplata negli USA o la perdita temporanea dei diritti politici come in Brasile). Le maggioranze qualificate particolarmente alte imposte tanto ai fini dell'avvio che della conclusione del procedimento hanno, presumibilmente, lo scopo di impedirne un'attivazione troppo facile e/o immotivata, a garanzia di un uso cauto e politicamente condiviso del potere di destituzione presidenziale, secondo una *ratio* che abbiamo già riscontrato più volte alla base di simili previsioni<sup>187</sup>.

Tuttavia, l'applicazione pratica dell'articolo in questione nel caso dell'*impeachment* di Lugo, pur formalmente non censurabile nelle sue scansioni procedurali<sup>188</sup>, ha evidenziato seri problemi di fondo relativi alle dinamiche politico-costituzionali di quell'ordinamento.

La prima criticità degna di nota consiste nella durata estremamente breve del procedimento che, in totale, ha occupato il Congresso Nazionale paraguayano per poco più di 24 ore<sup>189</sup>, in netto contrasto, ad esempio, con quanto avvenuto con

---

<sup>187</sup> Osserva Balbuena Pérez, *op. cit.*, 370: “*ese mecanismo no es —ni puede ser— un arma al servicio de las Camaras para que destituyan, sin mas, al presidente electo de la Republica, sino que debe procederse con suma cautela y sopesando los efectos y consecuencias que la condena del enjuiciado pueda tener para el pais, salvaguardando siempre el interes general*”; proprio per questo, ragiona l'autore, una procedura dal carattere così eccezionale e dalle conseguenze potenzialmente così destabilizzanti necessita di “*garantias tambien excepcionales y reforzadas*”, fra le quali rientra appunto la previsione della super-maggioranza dei 2/3.

<sup>188</sup> “*This process was led, theoretically, with no infringements to the Paraguayan law*” afferma San Martim Portes, *op. cit.*, 63.

<sup>189</sup> Queste le fasi salienti del procedimento, ricostruite da Balbuena Pérez, *op. cit.*, 381: alle 18 del 21 giugno 2012 fu presentato e letto il documento di accusa davanti alla Camera dei

L'*impeachment* di Dilma Rousseff in Brasile<sup>190</sup>. Un procedimento così rapido, per non dire affrettato, non sembra anzitutto particolarmente propizio ad una valutazione accurata ed approfondita dell'opportunità di aprire un *juicio* nei confronti del Presidente, oltre a non consentire, giocoforza, lo svolgimento di un'effettiva fase istruttoria sulla fondatezza delle accuse, come quella che precede l'avvio del procedimento di *impeachment* negli USA. A questa osservazione si lega strettamente un'altra circostanza particolarmente discutibile e controversa, ovvero il fatto che, in pratica, il Presidente Lugo non ebbe "*any real chance to defend himself*"<sup>191</sup>, a causa proprio del brevissimo lasso di tempo concessogli per far valere le proprie ragioni e respingere le accuse nel procedimento svoltosi davanti al Senato, seguito quasi immediatamente dalla votazione. Ma è con riferimento all'esame dei capi di accusa mossi al Presidente, che si coglie un aspetto illuminante dell'intera vicenda, ossia la ragione reale sottesa al ricorso al *juicio*.

L'atto di accusa presentato alla Camera consisteva di diversi punti<sup>192</sup>, ma in poche parole si può dire che esso afferiva soprattutto al già citato canone del "*mal desempeño*" delle funzioni presidenziali: il Presidente Lugo veniva incolpato di non aver saputo prevenire il clima di violenza ed instabilità che aveva condotto alla strage di Curuguaty e di non aver reagito in modo efficace a quest'ultima, minacciando la tenuta dell'ordine pubblico nel Paese<sup>193</sup> e rendendosi colpevole di "inettitudine e mancanza di decoro"<sup>194</sup>, di fatto dimostrandosi inadeguato alla carica che era chiamato a ricoprire.

Dettaglio ancor più eloquente (e giuridicamente inquietante), nel testo gli accusatori non si preoccupavano neppure di allegare prove significative a sostegno della propria posizione, limitandosi a rinviare alla grande notorietà dei fatti elencati in modo così generico, considerati di dominio pubblico e perciò, nel loro ragionamento, non sottoposti ad oneri di prova di alcun tipo<sup>195</sup>.

Insomma, gli stessi promotori dell'iniziativa non sembravano preoccuparsi minimamente di nascondere i propri veri scopi, contestando apertamente e duramente le scelte politiche di Lugo e, più in generale, il modo in cui a loro dire

---

Deputati; alle 12 del giorno dopo fu concessa la parola alla difesa del Presidente; dalle 14:30 furono valutate le prove e i documenti allegati dalle due parti; infine, alle 16:30 cominciò la seduta del Senato dedicata alla decisione del caso.

<sup>190</sup> Il quale, in totale, durò nove mesi, come riporta Pérez-Liñán, *Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century*, cit., 3 confrontando i due casi per far risaltare come nell'esempio brasiliano i fautori dell'*impeachment* si fossero quantomeno preoccupati di rispettare le procedure costituzionali relative alle garanzie processuali.

<sup>191</sup> *Ibidem*.

<sup>192</sup> Cinque, per la precisione, riepilogati da Balbuena Pérez, *op. cit.*, 383 ss.: fra di esse si rinvengono anche accuse politicamente pesantissime, come quelle di aver incitato i contadini ad occupare i latifondi, di avere legami col gruppo guerrigliero paraguayano EPP, di aver assunto impegni internazionali contrari agli interessi nazionali.

<sup>193</sup> Martseintredet, Llanos, Nolte, *op. cit.*, 114: "*In sum, the Chamber held Lugo politically responsible for bringing chaos and instability to the country*".

<sup>194</sup> Formula riportata da Iusi, *op. cit.*

<sup>195</sup> Balbuena Pérez, *op. cit.*, 384 contesta fortemente tale modo di procedere a partire dalla nozione tecnica di fatto notorio (cioè relativo alle leggi naturali o a fenomeni di vasta portata e di conoscenza generale), rigettando in modo risoluto l'interpretazione datane nell'occasione.

questi avrebbe gestito il potere. Da ciò derivava la scelta di allegare non violazioni precise di specifici parametri costituzionali, ma piuttosto semplici circostanze politiche, che si risolvessero o no in atti formali, e l'apparente superfluità di prove a sostegno delle accuse, inevitabile se fosse stata invece adottata un'ottica maggiormente giuridica.

Se le premesse erano queste, il risultato del *juicio* non poteva che essere scontato: ormai abbandonato dai suoi alleati e di fronte ad un Congresso quasi interamente ostile, Lugo fu condannato e destituito con una votazione a maggioranza assai rilevante, non diversamente dai casi brasiliani già esaminati<sup>196</sup>. Il Presidente fu immediatamente sostituito dal Vicepresidente Federico Franco, ma la vicenda non era destinata a finire in modo rapido e quieto, perché si manifestarono presto nuovi sviluppi politici e giuridici, sia sul piano dell'ordinamento interno che della realtà internazionale, dovuti alle controversie che esso aveva scatenato in patria e all'estero.

Da una parte Lugo, in un primo tempo, pur non ritenendo giustificata l'apertura del giudizio nei suoi confronti e la decisione del Senato, fece mostra di accettare la destituzione, al fine di non alimentare ulteriormente lo scontro politico; tuttavia, dopo poco, egli decise di rivolgersi alla Corte Suprema di Giustizia, il sommo organo giurisdizionale del Paraguay, attraverso una *acción de inconstitucionalidad*, per chiedere l'annullamento della propria rimozione dalla carica<sup>197</sup>. Le argomentazioni dell'ex Presidente si basavano principalmente sui gravi vizi che a suo giudizio avevano invalido il procedimento di *impeachment*. In particolare, esse facevano leva sulla violazione del principio del giusto processo, tutelato dalla Costituzione stessa, e che secondo Lugo sarebbe stato violato dall'eccessiva rapidità con la quale il procedimento fu iniziato e si svolse, che gli avrebbe lasciato ben pochi mezzi concreti di difesa dalle accuse, facendo riferimento in particolare al già citato scarso tempo a disposizione della difesa per ribattere alle imputazioni nell'ambito del *juicio*.

Abbiamo già visto, in riferimento al caso Rousseff in Brasile, un tentativo del Capo dello Stato deposto di contestare e ribaltare in via giurisdizionale la decisione parlamentare di procedere alla rimozione: quello di cui ci dobbiamo adesso

---

<sup>196</sup> Come riporta Iusi, *op. cit.*, in Senato si registrarono 39 voti favorevoli alla condanna e solo quattro contrari; ancor più schiacciante era stato lo squilibrio in occasione dell'avvio dell'*impeachment* presso la Camera dei Deputati, dove a 76 parlamentari favorevoli a tale iniziativa se ne era contrapposto solo uno dissenziente.

<sup>197</sup> Balbuena Pérez, *op. cit.*, 387 ss. Prima del ricorso di cui si discute nel testo, la difesa di Lugo aveva già presentato una prima *acción de inconstitucionalidad* il 21 giugno nei confronti della risoluzione adottata dal Senato ai fini di dettare le regole procedurali per il *juicio* che si sarebbe dovuto tenere l'indomani, chiedendone anche la sospensione degli effetti (per il testo: [apublica.org/wp-content/uploads/2012/11/EXPEDIENTE-874-Y-960-CORTE-SUPREMA-DE-JUSTICIA.pdf](http://apublica.org/wp-content/uploads/2012/11/EXPEDIENTE-874-Y-960-CORTE-SUPREMA-DE-JUSTICIA.pdf)). Tuttavia, la Corte rispose solamente il 25 giugno, rilevando come ormai il *juicio* si fosse concluso e come quindi fosse venuto meno l'oggetto dell'azione (ragionamento fortemente criticato dall'autore, che fa notare come la dichiarazione di incostituzionalità del regolamento impugnato avrebbe logicamente prodotto la nullità del procedimento stesso), oltre ad anticipare alcuni degli argomenti sulla natura dell'*impeachment* che saranno ripresi nella decisione di cui nel testo.

occupare risulta tuttavia, a nostro avviso, molto più significativo per le asserzioni di entrambe le parti.

Lugo infatti pose l'accento non tanto sugli aspetti istituzionali della questione, ossia se fosse giustificato per il Congresso procedere in quel modo e se sussistessero o meno i requisiti costituzionali per l'attivazione del procedimento, bensì sul piano dei diritti costituzionali. Egli accusava il Congresso di non avergli garantito in modo effettivo quel diritto di difesa spettante ad ogni persona coinvolta in un procedimento giudiziario, calcolando i tempi del *juicio* in modo da non consentirgli di esprimere in modo puntuale le proprie ragioni. Ma questo significava, in breve, equiparare il *juicio político* ad un processo penale, perché è in quel contesto che tali esigenze assumono un ruolo cruciale, dati i loro possibili effetti su un diritto fondamentale quale la libertà personale dell'imputato. Il giudizio di *impeachment* invece, come lascia intendere l'adattamento spagnolo del suo nome, dovrebbe distinguersene, sia per l'oggetto dello scrutinio (inevitabilmente maggiormente discrezionale, difficilmente riconducibile a criteri di tassatività e determinatezza) che per le conseguenze (esclusivamente politiche, come precisa il testo costituzionale stesso)<sup>198</sup>.

2064

Al contrario, la Corte Suprema sembra nutrire una concezione ben diversa della natura dell'*impeachment*, come non ha mancato di specificare nella propria risposta al ricorso di Lugo. In quest'ultima il giudice supremo ha chiarito che il *juicio político*, così come previsto dalla Costituzione, non rappresenta un ordinario procedimento giudiziario, bensì un procedimento appunto "politico". Per questo motivo ha ritenuto che esso sia sottoposto alla competenza esclusiva del Congresso, e che un sindacato giurisdizionale, persino sotto forma di controllo di costituzionalità, sia da escludere, così negando rilevanza anche alla (non troppo) presunta violazione di diritti costituzionali, resa di fatto non giustiziabile se posta in essere da parte degli organi parlamentari nel contesto della procedura. Ad un ormai ex Presidente teso a denunciare l'irregolarità del giudizio che lo ha riguardato, chiedendo l'applicazione delle garanzie costituzionali per sottoporre ad un minimo di controllo di legittimità anche ad un atto politicamente così denso di conseguenze ed evitarne un abuso a fini eccessivamente partigiani, si contrappone perciò una Corte Suprema apparentemente poco interessata ad estendere la portata del proprio sindacato. Essa ha lasciato così che la materia dell'*impeachment* sia regolata, di fatto, esclusivamente dai rapporti di forza fra attori politici, posizione che è apparsa a parte della dottrina poco coerente con la sua giurisprudenza precedente e politicamente poco accorta<sup>199</sup>.

<sup>198</sup> *Ibidem*, 371 s., è attento nel distinguere fra potere giurisdizionale (riservato alle corti) e potere di giudizio del Senato dal punto di vista delle conseguenze e delle implicazioni.

<sup>199</sup> Vedi *ibidem*, 390 ss., che osserva lucidamente come la Corte abbia deciso "*en contra de toda la construccion dogmatica que ha venido elaborandose durante los ultimos veinte anos en el constitucionalismo paraguayo y en contra de su propia doctrina*" (volta ad escludere l'esistenza di questioni politiche non giustiziabili ed insuscettibili di controllo di conformità alla Costituzione) e come, così facendo, essa potrebbe persino recare danno a sé stessa, dato che anche i suoi componenti sono rimovibili dalla carica solo mediante il procedimento *ex art. 225*, e che rendere tale destituzione meno soggetta a vincoli formali e non sindacabile *ex post* non appare certo una prospettiva tranquillizzante se rivolta ad un organo che svolge un ruolo di



Quanto alle accennate reazioni internazionali, esse furono immediate e molto forti.

Alcuni Stati sudamericani, come il Venezuela di Hugo Chávez e (paradossalmente) il Brasile di Dilma Rousseff, perlopiù retti da governi di sinistra ideologicamente affini alle posizioni politiche di Lugo, non tardarono a denunciare quello che, a loro giudizio, era un vero e proprio *golpe* contro il legittimo Presidente del Paraguay, portato avanti in modo incruento e attraverso il richiamo a disposizioni costituzionali, ma considerato ugualmente illegittimo perché visto come un indebito sovvertimento della volontà popolare democraticamente manifestata. A prescindere dalle valutazioni politiche, numerosi governi ed entità sovranazionali espressero preoccupazione per gli sviluppi della situazione, criticando le modalità della destituzione di Lugo ed il loro potenziale di rottura dell'ordine democratico<sup>200</sup>. Spicca in particolare la risposta del Mercosur, l'organizzazione sovranazionale fondata nel 1991 che riunisce Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay nel perseguimento di fini di cooperazione economica e costruzione di un mercato comune. Col tempo esso ha cercato di darsi una struttura maggiormente articolata ed estesa ad altri ambiti, adottando documenti volti a sancire l'importanza della democrazia per lo scopo comune e l'impegno dei suoi Stati membri a preservarla ed introducendo (col Protocollo di Ushuaia del 1998) anche una vera e propria clausola democratica, la quale disciplina le procedure da applicare in caso di rottura dell'ordinamento democratico interno e le sanzioni irrogabili da parte dell'organizzazione nei confronti del membro responsabile<sup>201</sup>. Le previsioni in questione furono infine applicate nel 2012, quando, in reazione alla destituzione di Lugo, il Mercosur decise, senza peraltro consultare il governo paraguayano stesso, contrariamente a quanto prescrive la citata clausola democratica<sup>202</sup>, di sospendere il Paraguay dall'organizzazione per violazione della clausola stessa, una sospensione che, abbinata al ritiro degli ambasciatori di diversi Paesi dell'America Latina in Paraguay, durò effettivamente

---

garanzia così importante.

<sup>200</sup> Martseintredet, Llanos, Nolte, *op. cit.*, 114 ss, riepilogano questi eventi, non mancando di notare come gli attori coinvolti nelle reazioni avessero, al di là del dichiarato interesse per la tenuta della democrazia paraguayana ed il rispetto dei valori costituzionali, ulteriori interessi. Per esempio, il Mercosur approfittò della sospensione temporanea del Paraguay per approvare l'ammissione del Venezuela come nuovo membro dell'organizzazione, un passaggio fino a quel momento impedito dalla risoluta opposizione del Congresso paraguayano alla ratifica dell'accordo, mentre l'Unasur colse l'occasione per accreditarsi come organizzazione sovranazionale più adatta ad una rapida ed efficace gestione delle crisi nell'America Meridionale, nel tentativo di scalzare l'OAS. Questo senza contare che alcuni dei governi più critici delle modalità dell'*impeachment* (es. quelli di Argentina e Ecuador) non sempre si sono dimostrati altrettanto convinti assertori del rispetto dello Stato di diritto per le proprie questioni interne.

<sup>201</sup> San Martim Portes, *op. cit.*, 60 ss. Il Protocollo del 1998 ha poi subito alcune modifiche ed aggiunte grazie ai Protocolli di Asunción (2005) e Montevideo (2011).

<sup>202</sup> Martseintredet, Llanos, Nolte, *op. cit.*, 115 riportano le accuse paraguayane di un doppio *standard* praticato nei confronti del Paese (sanzionato senza possibilità di difendersi per aver inflitto al suo Presidente una sanzione senza tener conto del suo diritto di difesa), e riconduce questa scelta a motivazioni essenzialmente politiche (la menzionata esigenza di superare il veto del Paraguay all'ammissione del Venezuela).

fino allo svolgimento di nuove elezioni nell'aprile del 2013 ed all'entrata in carica di un nuovo Capo dello Stato regolarmente eletto per via democratica.

Se ne ricava l'impressione che gli avvenimenti del giugno del 2012 in Paraguay siano stati presi molto seriamente dai Paesi della regione, i quali hanno notato come essi rappresentassero un esempio di un *trend* particolarmente nocivo, quello di un *impeachment* usato come arma politica di contrasto verso un Presidente impopolare (e, guardando in retrospettiva con la conoscenza dei fatti brasiliani del 2016, forse non avevano tutti i torti), tutt'altro che benvenuto in una realtà già scossa da una persistente instabilità degli esecutivi come l'America Latina. Ovviamente, le loro reazioni sono state guidate in gran parte da considerazioni partigiane, come mostra il fatto che i governi che maggiormente si sono opposti alla cacciata di Lugo fossero quelli più vicini allo stesso dal punto di vista politico.

#### 6.4. Conclusioni: un golpe parlamentare? Un confronto con l'esperienza brasiliana

Da un punto di vista strettamente giuridico, che tipo di conclusioni si possono trarre da questa vicenda? Non molto incoraggianti, ovviamente; un'osservazione possibile, probabilmente, è che la stretta applicazione di un testo costituzionale non necessariamente implica il rispetto dei suoi principi di fondo. Ancora più dei casi di *impeachment* in Brasile, quello paraguayano del 2012 pare riguardare essenzialmente il tentativo degli attori politici di conservare o ottenere il potere politico, ai fini del quale il diritto gioca un ruolo ancillare.

Riassumendo, nell'occasione si è assistito ad un esito del procedimento avvicicabile ad una "sfiducia" del Presidente ad opera del Congresso, attraverso una votazione di rimozione basata esplicitamente su ragioni politiche. Come riferito, gli stessi promotori del *juicio* non hanno certo nascosto le proprie intenzioni, a partire dagli eventi indicati come cause scatenanti dell'*impeachment*, tutti fatti politicamente rilevanti, riconducibili in modo più o meno diretto al concetto di responsabilità politica del Presidente, ma che per assumere una qualche rilevanza giuridica devono essere inquadrati sotto il parametro costituzionale del "*mal desempeño*" delle funzioni istituzionali del Capo dello Stato *ex art. 225 Cost.* Quest'ultima, a sua volta, si presenta come nozione alquanto generica e suscettibile di interpretazioni diversificate, proprio perché non indica dei criteri minimi in base ai quali valutare se certi poteri sono stati esercitati "male" (il che sembra presumere una qualche forma di giudizio di valore). Allo stesso tempo, però, essa sembrerebbe concepita, come gran parte delle forme di *impeachment*, come strumento di reazione a situazioni di oggettiva gravità (viste anche le fattispecie alle quali è abbinata nel testo dell'articolo), piuttosto che come mezzo di contrasto di una politica presidenziale non condivisa ma di per sé non delittuosa o contraria all'ordine costituzionale<sup>203</sup>. Questa sembra la differenza sostanziale fra il caso Lugo ed il

<sup>203</sup> Balbuena Pérez, *op. cit.*, 371 s., non manca di osservare che la nozione in questione "*en ningún caso puede suponer una clausula extremadamente abierta donde quepa cualquier clase de censura a las funciones constitucionales, sino que debe interpretarse de forma restrictiva y con el maximo rigor posible, pues de otro modo se prestaría a quecualquier actuación contraria a las meras opiniones partidistas posibilitara su aplicación, lo cual no es para nada acorde con el espíritu de la norma normarum*".

precedente che coinvolse Cubas Grau, i cui comportamenti, erano stati ben più controversi dal punto di vista sia giuridico che politico, e che non era stato attaccato soltanto come esponente di una certa area politica.

Per quanto il testo costituzionale abbia forse avuto le sue colpe nel fomentare una lettura “interessata” di previsioni così indeterminate, ci pare che molto più rilevanti siano stati i fattori politici, alcuni dei quali ci sono già familiari dall’esperienza brasiliana e si ripresentano, se possibile, rafforzati ed estremizzati dal particolare contesto paraguayano, come si è detto ancora giovane, poco inclusivo e fragile nei suoi caratteri democratici. La dinamica politica ed istituzionale del sistema appare mobile ed instabile, con i rapporti di potere e collaborazione fra Presidente e Congresso che variano a seconda della forza ed appartenenza politica del Capo dello Stato.

Con Lugo assistiamo ancora una volta alla vicenda di un Presidente esponente di una forza politica minoritaria, contrastato dal Congresso ed abbandonato dai suoi alleati e per questo (oltre che evidentemente per sue inadeguatezze nella gestione di una coalizione di partiti del tutto nuova e poco stabile)<sup>204</sup> ridotto all’impotenza ed all’impopolarità<sup>205</sup>. In una tale circostanza, e nell’avvicinarsi di un importante appuntamento elettorale come quello rappresentato dalle presidenziali del 2013, non c’è molto di cui stupirsi se i principali gruppi politici rappresentati nel Congresso abbiano deciso di porre fine allo stallo cogliendo un’occasione che aveva suscitato una diffusa indignazione nel Paese per rimuovere quello che vedevano come un Capo dello Stato inefficace, oltre che, ovviamente, per sostituirlo con un esponente politico più fidato. L’applicazione del *juicio político* a questi fini risulta, chiaramente, forzata, perché porta in modo vistoso alla virata del sistema verso logiche “parlamentariste”: se il Presidente gode del sostegno del Congresso e riesce a mantenere la “fiducia” (non nel senso giuridico del termine, formalizzato dalle costituzioni parlamentari, ma più latamente politico) dei suoi alleati può rimanere in carica, se questi supporti vengono meno allora nulla impedisce al Congresso di scegliere un *casus belli* per formalizzare il mutamento e rimuoverlo dalla carica<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> Né si deve trascurare il fattore rappresentato dalla carica dirompente dell’ingresso in politica di Lugo, un *outsider* le cui caratteristiche e le cui promesse avevano minacciato di incrinare il consolidato sistema partitico paraguayano (definito da Martseintredet, Llanos, Nolte, *op. cit.*, 112, “*one of Latin America’s oldest and most conservative*”), e che per tale ragione era comprensibilmente invisibile alle *élite* tradizionali del Paese.

<sup>205</sup> Anche, se, come sottolineano Llanos, Martseintredet, *op. cit.*, 195, quello di Lugo è uno dei casi che dimostrano che “*street pressure is not a necessary cause for presidential breakdown*”, dato che, a differenza che in Brasile ed altri Paesi latinoamericani, non si registrarono significative manifestazioni popolari a favore dell’*impeachment*.

<sup>206</sup> Martseintredet, Llanos, Nolte, *op. cit.*, 121s., sono molto espliciti sul punto: “*Lugo’s fall can be explained by a purely political, albeit parliamentary, logic: A weak president lost the confidence of most of his country’s national legislators. In presidential regimes, such a loss of confidence should not result in an interrupted presidency, but it can lead to deadlock between the legislative and executive powers. Lugo’s impeachment, however, like several other cases of interrupted presidencies, demonstrates that without legislative support presidents can find themselves hard-pressed to survive, much less govern*”, sottolineando la crescent importanza delle coalizioni nei sistemi presidenziali.

Ciononostante, riteniamo che neppure in questo caso sia corretto utilizzare il termine “colpo di Stato”<sup>207</sup>, in senso letterale o anche solo figurato, per riferirsi alla destituzione di Lugo<sup>208</sup>. Non ci sono dubbi che, politicamente, si sia trattata di una sconfitta significativa per i sostenitori del Presidente, e che rispetto all’esperienza brasiliana il conflitto politico appaia esasperato e segnato da numerose forzature, anche piuttosto evidenti, del procedimento impiegato, ma il solo fatto che sia stato utilizzato quest’ultimo e non mezzi *extra ordinem* (tutt’altro che ignoti nella realtà del Paraguay fino a tempi relativamente recenti) rappresenta comunque un aspetto positivo<sup>209</sup>. Quella del *juicio* è una procedura formalizzata e

<sup>207</sup> Sulla nozione di “colpo di Stato” molto è stato scritto in dottrina, specialmente nel non sempre facile tentativo di distinguerla da concetti (parzialmente) analoghi come quelli di rivoluzione, sommossa etc. Fra gli autori italiani ci pare ancora fondamentale V. Gueli, *Colpo di Stato*, voce in *Enc. Dir.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, 666 ss. Gueli riepiloga gli sforzi di vari autori di delineare con maggior chiarezza i caratteri fondamentali dei vari concetti, a partire dalla diffusa contrapposizione fra “colpo di Stato” e “rivoluzione” operata da dalla maggior parte della dottrina, senza peraltro trascurare l’apporto di altre discipline come quella politologica o sociologica. L’autore esplora la dicotomia succitata e i suoi effetti giuridici e politici (670 ss.), notando come numerosi studiosi tradizionali (ad esempio F. Stier-Somlo, in *Putsch und Staatsstreich. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, Berlin- Leipzig, 1927, 624; A. Brunialti, *Colpo di Stato*, in *Dig. it.*, VII, 1897-1902, 780; S. Tosi, *Il colpo di Stato*, Roma, 1951, *passim*), abbiano concepito il colpo di Stato come un tentativo di presa del potere e trasformazione delle istituzioni, violento, improvviso e premeditato, che viene “dall’alto”, ossia da parte di un gruppo ristretto di membri della classe dirigente del Paese che occupano già posizioni importanti negli organi costituzionali o nelle forze armate, in ciò contrastante con la rivoluzione, che avrebbe come sua caratteristica principale quella di venire “dal basso”, ossia di strati sociali fino ad allora esclusi dalla gestione del potere. Tuttavia, Gueli conclude (678) che, dal punto di vista della scienza giuridica, “a figure [...] di cui è così incerta la differenziazione per i loro caratteri sociologici” non possono corrispondere “due tipi nettamente distinguibili di trasformazione costituzionale”, ragionando che o il colpo di Stato porta ad un mutamento di regime e ad una rottura dell’ordinamento costituzionale preesistente, cosicché negli effetti pratici non si distingue molto da una rivoluzione, oppure esso si limita a modificare le istituzioni statali ma non la costituzione materiale, ed in quel caso risulta difficile distinguere tale figura da altre forme di conquista del potere che producono analoghi effetti extralegali. In definitiva, per Gueli la distinzione classica fra colpo di Stato e rivoluzione, pur importante e diffusa, necessita di maggiori specificazioni. Con riferimento al caso paraguayano in esame, se proprio lo si volesse ricondurre ad uno dei dal punto fenomeni considerati nella voce citata potrebbe trattarsi a nostro avviso, più che del *golpe* vero e proprio, di quelle ipotesi nelle quali si verifica un semplice mutamento ai vertici di organi costituzionali attraverso l’esercizio illegittimo di funzioni conferite dalla Costituzione stessa, che produce la sostituzione delle persone dei rispettivi titolari (671); proprio quello che a nostro giudizio è successo mediante l’abuso a fini politici del potere di *impeachment* per destituire Lugo, senza che peraltro si producessero effetti di rottura a livello giuridico costituzionale dell’ordinamento.

<sup>208</sup> Per un esempio di questa retorica, Lezcano Claude, L., *Sobre el “juicio político” al Pdte. Fernando Lugo Mendez*, En *Revista La Ley Paraguaya*. Año 35, num. 7, agosto 2012. Pag. 1019, citato da Balbuena Pérez, *op. cit.*, 358 s.

<sup>209</sup> Questa è l’opinione di Pérez-Liñán, *Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century?*, cit., 7, il quale, pur riconoscendo che “*military coups and impeachments have common historical causes*”, per evitare pericolosi equivoci lessicali propone “*that we reserve “legislative coup” to refer exclusively to situations in which congress acts to legitimize a military operation against the president*”, come fu ad esempio il caso della destituzione del Presidente honduregno Zelaya nel 2009, e chiarisce che “*The adoption of this terminology does not require the acceptance of congressional abuses*”, come quello che vi fu palesemente nel caso di Lugo.

disciplinata dalla Costituzione, la quale dovrebbe in teoria garantire un certo livello di responsabilizzazione di chi sceglie di servirsene e (mediante le alte maggioranze imposte per le votazioni) una relativa difesa all'accusato; laddove tutti i requisiti procedurali delineati dal testo costituzionale siano rispettati ed il risultato finale sia conforme alle sanzioni irrogabili, è difficile affermare che si sia verificata una rottura significativa della legalità costituzionale, che da un punto di vista formale è stata rispettata<sup>210</sup>. In linea di principio, quindi, il procedimento di *impeachment* nell'ordinamento paraguayano è munito di garanzie tali da assicurare che l'accusato non sia privo di ogni protezione nei confronti della volontà del Congresso, riprendendosi allo scopo i principali accorgimenti tratti dal modello americano.

Dal punto di vista dello spirito delle norme, chiaramente, il discorso è un altro, ed è evidente come, nell'assenza di indicazioni più precise<sup>211</sup>, l'*impeachment* sia stato strumentalizzato e, per così dire, trasformato in altro da sé<sup>212</sup>, o, per riprendere un termine già usato con riguardo al caso brasiliano, sviato dai suoi scopi istituzionali. Le maggioranze rafforzate imposte sono state agevolmente superate da una decisione pressoché plebiscitaria delle due Camere, le quali certo non avevano interesse a far rilevare in seguito tutte le irregolarità del proprio agire.

Stupisce, ma solo fino ad un certo punto, che la Corte Suprema paraguayana, direttamente interpellata perché si pronunciasse sulla legittimità dell'operazione ai sensi del parametro costituzionale del giusto processo, si sia rifiutata di farlo, giudicando che essa ammontasse ad una semplice questione politica, rimessa all'esclusiva valutazione parlamentare. Se infatti è vero che così facendo essa finisce per concedere spazi molto ampi all'arbitrio del Congresso, che acquista la facoltà di decidere in modo potenzialmente partigiano questioni dall'importantissimo rilievo costituzionale, allo stesso tempo occorre ammettere che ben difficilmente il giudice supremo avrebbe potuto ribaltare la situazione optando per l'annullamento dell'*impeachment* ed il ripristino di Lugo nella carica di Presidente. Già con riferimento ad altri ordinamenti, come quello statunitense, la dottrina<sup>213</sup> tende ad escludere la possibilità di un *judicial review* del procedimento, argomentando soprattutto in base agli effetti concreti che altrimenti si verrebbero a creare da un punto di vista politico. La Corte dovrebbe assumersi la

---

<sup>210</sup> Ovviamente, fa notare Helme, *op. cit.*, 6, “*whether the formal rules for removal are followed is not dispositive that institutions are working as they should*”, e casi come quello paraguayano, “*where procedural rules are clearly skirted [...] obviously raise red flags*”.

<sup>211</sup> Come sottolinea C. V Souto, *A Crise Política no Paraguai e o Brasil, Conjuntura Austral*, v. 3, n. 13, p. 7–16, 2012, citata da San Martim Portes, *op. cit.*, p. 63, l'art. 225 Cost. è vago nel delineare i comportamenti sanzionabili, “*leaving space for different interpretations and conclusions*”, e “*Equally important is that the article does not specify how long the procedure should last*”, anche se, francamente, le tempistiche del caso concreto appaiono sin troppo sommarie per essere qualificate come ragionevoli.

<sup>212</sup> Iusi, *op. cit.*: “In sintesi, ciò che è accaduto in Paraguay mostra come le motivazioni e le modalità che muovono il procedimento di *empeachment*[sic] possano far perdere a quest'ultimo la sua reale funzione di garanzia del sistema”.

<sup>213</sup> Si rimanda alla nota 36 di questo elaborato per le opinioni in proposito.

responsabilità di sfidare la decisione, presa a larga maggioranza, da un Congresso anch'esso democraticamente legittimato, un fatto che potrebbe indebolirne l'immagine ed il prestigio presso l'opinione pubblica, senza contare che una sua decisione a favore dell'ex Presidente incontrerebbe presumibilmente notevoli problemi all'atto dell'esecuzione pratica, con un nuovo Capo dello Stato ormai saldamente in carica.

Sembra quindi che, in un contesto conflittuale ed instabile come quello paraguayano, la scrupolosa applicazione della Costituzione e la sua difesa debbano cedere di fronte a scelte politiche controverse ma sostenute da un'ampissima maggioranza, e che la "revoca" di un Presidente eletto ma politicamente debole ed isolato secondo metodi sostanzialmente parlamentari debba essere accettata come un risultato problematico, ma difficilmente evitabile, del sistema che è venuto a strutturarsi in concreto, il frutto di una separazione fra modelli che in teoria non dovrebbe lasciare spazio a incertezze ma che in pratica è diventata molto meno netta di quanto lascino supporre gli schemi<sup>214</sup>. Il presidenzialismo paraguayano si caratterizza così per la presenza di un Capo dello Stato che finisce per dipendere in buona parte, sia per il successo delle proprie iniziative che per la propria permanenza in carica, dal sostegno del potere legislativo, sostegno che ovviamente è più o meno ampio a seconda del controllo che egli esercita sulla maggioranza congressuale<sup>215</sup>. Ma a sua volta la maggioranza (qualificata) congressuale è posta in condizione di esercitare un controllo sulle politiche del Presidente, impiegando il *juicio* per rimuoverlo, mentre in un ordinamento presidenziale "regolare" il rapporto fra le due istituzioni dovrebbe risolversi, in caso di indisponibilità alla collaborazione, in uno stallo reciproco, non nella prevalenza dell'uno sull'altro.

Più ancora che in Brasile, in Paraguay emergono evidenti i pericoli di un uso "politico" dell'*impeachment*, ossia ai fini di colpire una fazione ben precisa per

<sup>214</sup> Scrive Balbuena Pérez, *op. cit.*, 393 s: "No es posible equiparar los mecanismos de control y de exigencia de responsabilidad política al Gobierno en los sistemas parlamentarios —moción de censura y cuestión de confianza— a los previstos en los sistemas presidencialistas atenuados como el paraguayano —juicio político—, porque ambos sistema se articulan sobre fundamentos dogmáticos diferentes y no son —ni pueden ser— lo mismo", e procede a delineare le nette differenze fra i due modelli generali (la mozione di sfiducia è riferita al Governo nella sua collettività, non ad una singola persona, ed essa non prevede "acusación, ni defensa, ni juicio, ni separación de órgano acusador y órgano sentenciador, ni culpabilidad, ni juicio público ni nada que en términos constitucionales se asemeje a un juicio o a un proceso").

<sup>215</sup> Facendo applicazione ancora una volta delle categorie di Carpizo, *op. cit.*, 44 ss., ci pare di poter sostenere che il sistema paraguayano oscilla, sotto questo punto di vista, fra il tipo del "gobierno de coalición" o "compartido" e quello del "gobierno dividido". Nel primo caso il Presidente, non avendo il suo partito la maggioranza dei seggi nell'assemblea parlamentare, cerca di cooptare altre forze per costruirne una, mentre nel secondo l'esecutivo, ugualmente minoritario, non procede a costruire una coalizione stabile, ricorrendo semmai a negoziazioni caso per caso per ottenere l'approvazione delle singole misure. Ci sembra che l'amministrazione Lugo rientrasse nel primo tipo prima della rottura con il PLRA, e nel secondo in seguito a tale evento. Come osserva Carpizo, entrambe le dinamiche possono avere, a seconda dei casi, esito più o meno positivo; in particolare "El gobierno dividido no configura necesariamente un presidencialismo débil, aunque tiende a ello", ma può dar vita ad un presidenzialismo "equilibrado" in presenza di una serie di fattori (quali la capacità di negoziazione dell'esecutivo e la propensione delle forze politiche al dialogo) che tuttavia sembrano, nel caso di specie, deboli o assenti.

avvantaggiarne un'altra più che di riparare a violazioni costituzionali o alla commissione di delitti da parte dell'accusato, un pericolo che negli Stati Uniti è stato sempre attentamente considerato e fino ad ora evitato<sup>216</sup>. Un pericolo che, chiaramente, ha maggiori probabilità di concretizzarsi in ordinamenti democraticamente meno maturi ed ancora in via di transizione verso i pieni caratteri di uno Stato costituzionale di diritto, dove gli anticorpi verso degenerazioni autoritarie e forzature del principio di separazione dei poteri sono meno sviluppati ed i partiti poco attenti al rispetto delle istituzioni in quanto tali.

## 7. Casi peculiari di rimozione presidenziale in America Latina

Nelle due sezioni precedenti abbiamo analizzato due casi nei quali, nel bene e nel male, il procedimento costituzionalmente previsto per l'*impeachment* presidenziale è stato seguito nella sua interezza (non senza qualche forzatura anche vistosa, come nel caso del Paraguay), giungendo, come conseguenza finale, ad uno dei suoi esiti per così dire "naturali", ossia la condanna politica e la rimozione del titolare della carica. Tuttavia, esistono anche casi che presentano caratteri differenti, per una serie di motivi.

Ad essi possiamo fare riferimento in generale come i casi nei quali il procedimento subisce delle variazioni rispetto allo schema fisiologico costituito dalla scansione di fasi accusa-giudizio-condanna/assoluzione, vuoi perché esso si arresta ad uno dei primi stadi, e non prosegue fino alla sua conclusione "logica", vuoi perché viene impiegato in un contesto differente da quello abituale di un confronto politico pacifico ed ordinato (per non dire in momenti di crisi costituzionale vera e propria). Inoltre, come accennavamo già nella sezione 3, in alcuni ordinamenti dell'America Latina si è assistito anche ad un altro tipo di fenomeno correlato, cioè all'impiego di istituti costituzionali originariamente concepiti come forme di reazione a situazioni di impedimento presidenziale, incentrati sulla rimozione del Capo dello Stato che per motivi solitamente indipendenti dalla sua volontà non sia più in grado di esercitare le sue funzioni per un periodo di tempo cospicuo o permanente, quali possibili alternative all'*impeachment*, da usarsi laddove non sussistano le condizioni politiche o istituzionali per il ricorso a quest'ultimo. L'impressione è quella che, negli ordinamenti latinoamericani, esistano spesso forti spinte a consentire la rimozione dei Presidenti in carica da parte dei loro avversari politici nelle assemblee parlamentari prima della scadenza naturale del mandato, e che in più di un'occasione esse abbiano trovato compimento attraverso vie alternative in tutto o in parte a quelle del giudizio d'accusa regolare.

In questa sezione dell'elaborato, prima di passare alle conclusioni, cercheremo di esaminare alcuni di questi casi concreti e di svolgere qualche osservazione in proposito.

---

<sup>216</sup> Come riporta Carllassare, *op. cit.*, 538, simili preoccupazioni emersero con particolare evidenza persino durante l'*impeachment* di Johnson nel 1868, senza dubbio il più politicamente motivato nella storia americana fino ad allora, e probabilmente ne decisero l'esito.

### 7.1. Un caso di impeachment interrotto sul nascere: il caso Samper in Colombia

Quanto ad una prima tipologia di fattispecie, quella dell'*impeachment* interrotto, un caso degno di nota è quello del giudizio avviato alla metà degli anni '90 contro il Presidente colombiano Ernesto Samper<sup>217</sup>.

Riassumendo, Samper era stato accusato, sulla base di alcune intercettazioni e confessioni, di aver vinto le elezioni presidenziali del 1994 grazie al sostegno del denaro fornitogli dai narcotrafficanti del cartello di Cali, dando il via ad uno scandalo che aveva toccato il Presidente e vari dei suoi più stretti collaboratori nella campagna elettorale. Anche il Congresso della Repubblica colombiano finì per interessarsi della questione, con due votazioni distinte. In una prima occasione, nel dicembre del 1995, il comitato interno della Camera dei Deputati in materia di accuse ed indagini approvò un rapporto nel quale rilevava come non ci fossero prove sufficienti ad avviare un procedimento di *impeachment* contro il Presidente Samper<sup>218</sup>, e pochi mesi dopo, nel giugno del 1996, quando ormai il Capo dello Stato era stato formalmente accusato di corruzione dalla Procura Generale, il *plenum* della Camera approvò a grande maggioranza (113-43) il precedente rapporto del comitato. La conseguenza fu che, col riconoscimento dell'insufficienza delle prove a carico di Samper, la Camera non procedette alla messa in stato di accusa, e così l'assemblea non ebbe modo di esercitare un ruolo di controllo sul comportamento presidenziale, ritenuto penalmente irrilevante, mentre anche le accuse giudiziali venivano poi a cadere.

Quello appena rievocato costituisce un esempio particolare di alterazione del corso del procedimento, in quanto quest'ultimo non è in pratica neppure iniziato, arrestandosi mentre si trovava ancora in una fase preliminare come quella della valutazione della possibile fondatezza degli elementi posti alla base dell'accusa e dando luogo ad un voto favorevole alla posizione del Presidente già in occasione del primo "scoglio" da superare, quello dell'apertura formale del *juicio* con la decisione della Camera bassa se procedervi o meno. La gran parte del procedimento citato si è quindi esaurita nella fase istruttoria iniziale, dedicata ad una delibazione preliminare della consistenza ed attendibilità delle accuse, il cui scopo principale è proprio quello di stabilire se, per così dire, "valga la pena" di proseguire con l'*impeachment*, oppure non sia necessario impiegare altro tempo per saggiare accuse che ad un primo esame si rivelano già manifestamente inconsistenti. Da questo punto di vista, il ruolo del comitato interno della Camera dei Deputati colombiana è assimilabile a quello della Commissione Giustizia della Camera negli USA, investita di funzioni di indagine analoghe, e che non di rado ha proceduto anch'essa a consigliare al *plenum* l'archiviazione di accuse non sufficientemente fondate, impedendo l'ulteriore proseguimento dell'*impeachment*.

---

<sup>217</sup> Per i dettagli riportati si veda V. J. Hinojosa e A. Pérez-Liñán, *Presidential Impeachment and the Politics of Survival: The Case of Colombia*, in Baumgartner, Kada, *op. cit.*, 68 s.

<sup>218</sup> La Costituzione colombiana disciplina l'*impeachment* agli articoli 174, 175, 178 secondo uno schema conforme al modello americano, con la bipartizione fra una fase di accusa affidata alla Camera ed un giudizio svolto dal Senato.



Perché Samper è riuscito a sopravvivere all'*impeachment* in modo relativamente agevole, laddove altri Capi di Stato latinoamericani hanno fallito? Ovviamente, le varie vicende difficilmente possono essere raccolte in un unico insieme, ed ogni storia di sopravvivenza presidenziale di fronte ad una minaccia di rimozione risponde a caratteri specifici dettati dal suo contesto<sup>219</sup>; ma con riferimento al caso specifico di Samper, forse si possono avanzare alcune supposizioni che si ricollegano a considerazioni già svolte, in particolare a quelle relative al rapporto politico e istituzionale fra Capo dello Stato e Congresso.

Un'analisi più attenta della votazione della Camera sopra riferita mostra come il Presidente poté godere in quell'occasione di un vero e proprio "scudo legislativo" di voti favorevoli, comprendente non solo, com'era logico aspettarsi, gran parte dei parlamentari della maggioranza, ma anche molti esponenti dell'opposizione, che incisero così in maniera decisiva sull'esito<sup>220</sup>. A questo schema, apparentemente inatteso, sembrerebbero aver contribuito sia il tasso di popolarità ancora piuttosto alto di Samper, tale da sconsigliare ai rappresentanti eletti di andare contro il sentimento popolare portando avanti un *impeachment* non condiviso a livello sociale, che le manovre politiche del Presidente per assicurarsi il perdurante sostegno di parlamentari di entrambi gli schieramenti, concretizzatesi soprattutto in un uso strategico dei poteri presidenziali di assegnazione dei fondi corrispondenti a collegi elettorali a favore dei deputati pronti a sostenerlo<sup>221</sup>.

Ecco allora che emerge un dato in apparenza banale ma risolutivo, soprattutto alla luce di quanto osservato per i casi di Brasile e Paraguay. A differenza dei Capi di Stato di questi ultimi Paesi, il Presidente Samper godeva di due vantaggi di natura squisitamente politica, ossia una sufficiente popolarità presso l'opinione pubblica ed il proprio schieramento politico ed una maggior propensione alla negoziazione con i rivali dell'opposizione (anche se forse con mezzi non del tutto ortodossi), grazie alla quale ha saputo convincere una percentuale sufficiente di questi a non appoggiare la richiesta di avvio del procedimento. In altre parole, un Presidente che conservi ancora tassi di gradimento non troppo bassi presso l'elettorato e che possa contare su una maggioranza parlamentare amichevole preesistente o, laddove non sia coesa, rinsaldarla o costruirla *ex novo* per mezzo di trattative fra forze politiche,

---

<sup>219</sup> Come riconoscono Llanos, Marsteintredet, *op. cit.*, 197 s., "*Presidential crises represent extremely complicated situations, many of them provoked by controversial presidential decisions and actions*", ma per comprenderle fino in fondo ed eventualmente predirne gli sviluppi devono essere svolte "*analyses that take the president's choices into account*", poiché la *leadership* presidenziale è un element importante ai fini dell'esito di ogni vicenda specifica, in quanto "*The range of prudent presidential strategies describes quite well the approach of most of surviving presidents, as well as of those presidents able to negotiate the terms of their exit from power*".

<sup>220</sup> Hinojosa, Pérez-Liñán, *op. cit.*, 74 s.

<sup>221</sup> *Ibidem*, 75 ss., ricostruiscono questi fatti ponendoli nel contesto della politica colombiana e delle sue abituali logiche clientelistiche, e notano come, a giudicare da un esame *ex post* delle somme spese e della propensione al voto di ogni parlamentare, la strategia di Samper sembri essere stata molto più efficace nel persuadere i membri dell'opposizione a votare a suo favore che non a riacquistare allo schieramento presidenziale gli esponenti del suo partito dissidenti.

dimostrandosi pronto al compromesso, sarà maggiormente in grado di resistere alla sfida posta da un tentativo di *impeachment*, il quale, privo del necessario, significativo sostegno richiesto per il suo successo, viene ad arrestarsi sul nascere<sup>222</sup>. I Presidenti di Brasile e Paraguay, negli esempi già esaminati, non sono riusciti a fare altrettanto, ed hanno finito per essere travolti da conflitti politici che li hanno visti isolati e per questo deboli, privi della protezione offerta da parlamentari a loro fedeli che avrebbero potuto bloccare l'iniziativa sin dal principio. Così, una delle ragioni per le quali un procedimento di rimozione presidenziale può avere uno sviluppo differente dalla prosecuzione fino alla condanna è proprio la scelta degli organi parlamentari di agire a difesa di un Presidente con il quale evidentemente si trovano in sintonia, facendo mancare la maggioranza richiesta dalle previsioni costituzionali per la messa in stato di accusa.

### 7.2. *Casi di impeachment in contesti istituzionali anomali o come minaccia efficace: i casi di Fujimori e Kuczynski in Perù*

In altri casi, invece, sono fattori politici diversi ad incidere sullo sviluppo del procedimento, rendendolo di fatto inutile, conferendogli un carattere differente da quello che dovrebbe avere in linea di principio, o al contrario rendendolo talmente efficace da non aver bisogno di giungere a compimento per sortire i propri effetti. Fra tutti i Paesi latinoamericani, il Perù offre una varietà di esempi di queste possibili sfumature, tratte dall'instabile storia politica di quel Paese negli ultimi decenni. A questo scopo è necessario premettere, tuttavia, che la disciplina costituzionale peruviana in materia di *impeachment* non appare molto chiara, soprattutto per la compresenza di due istituti analoghi (solo) parzialmente sovrapponibili.

Tradizionalmente, infatti, l'ordinamento peruviano ha previsto come forma di controllo e responsabilizzazione dell'operato presidenziale lo strumento noto come *antejuicio*, il quale presenta alcune differenze con il *juicio político* previsto in altri Paesi dell'area. In particolare, esso è un procedimento solo parzialmente politico, in quanto l'assemblea parlamentare è chiamata a valutare se l'accusato (titolare di un'alta carica dello Stato, in questo caso quella di Presidente della Repubblica) debba essere privato della sua immunità funzionale per essere sottoposto ad un processo penale dinanzi ad un tribunale ordinario, e la sua pronuncia è sufficiente ad ottenere tale effetto, anche se sarà il giudice a decidere in via definitiva sull'esistenza o meno di una responsabilità penale dell'imputato<sup>223</sup>. Lo schema di fondo risulta quindi notevolmente diverso dai caratteri dell'*impeachment* propriamente detto, sia perché la procedura parlamentare è

<sup>222</sup> Su questi aspetti si concentra Kada, *Comparative Presidential Impeachment: Conclusions*, cit., 144 ss., che conclude come “*Without the consent of the legislature, no attempt to impeach a president can go beyond accusing the president of an impeachable offense*” (144), ed indica come possibili e proficui campi di ricerca futura il ruolo dei presidenti come attori posti di fronte a varie scelte possibili ed alternative nei procedimenti di *impeachment* e l'importanza del *patronage* presidenziale nei rapporti con i parlamenti (152 ss.).

<sup>223</sup> García Chávarri, *op. cit.*, 5 s.

meramente un preludio rispetto allo svolgimento di un ordinario procedimento giurisdizionale, sia perché a venire in rilievo è specificamente la responsabilità penale degli accusati per reati connessi all'esercizio delle loro funzioni, il che sembra escludere comportamenti incostituzionali ma penalmente irrilevanti. In altre parole, si tratta di una sorta di autorizzazione a procedere per soggetti titolari di immunità legate all'esercizio delle loro funzioni.

La Costituzione del 1993, da parte sua, ha cercato di innovare rispetto al modello tradizionale, introducendo un meccanismo di accusa che mescola in una certa misura caratteri dell'*antejuicio* e del *juicio*. Da una parte l'art. 99 prevede che un'apposita Commissione Permanente accusi davanti al Congresso il Presidente della Repubblica e vari altri funzionari statali di violazioni costituzionali o reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, fino ad un termine di cinque anni dalla cessazione dalla carica, mentre l'art. 100 stabilisce che il Congresso può, a prescindere dall'intervento della Commissione di cui sopra, decidere di sospendere, inabilitare fino a dieci anni o rimuovere dall'esercizio della funzione i soggetti menzionati, oltre a prevedere il diritto all'assistenza di un legale per l'accusato ed a coordinare lo svolgimento del procedimento "politico" con quello giurisdizionale ordinario presso la Corte Suprema. Come nel modello tradizionale, l'accusa formulata dalla Commissione parlamentare *ad hoc* sulla base di un'istruttoria può condurre, attraverso l'intermediazione del *plenum*, all'apertura di un processo penale a carico dell'accusato (con tutte le garanzie del caso), ma al contempo, secondo le linee del *juicio político* propriamente detto, il Congresso può limitarsi a deciderne la rimozione e l'interdizione dai pubblici uffici per un certo periodo, producendo anzitutto effetti di tipo esclusivamente politico ai quali si potranno aggiungere in seguito quelli del giudizio penale<sup>224</sup>.

Non è un caso che sia stata proprio la Carta del 1993 ad effettuare una simile innovazione, considerato il contesto della sua nascita. Essa fu infatti adottata in un momento di pesante crisi politica e costituzionale per il Perù, che vide un vero e proprio *auto-golpe* ad opera del Presidente Alberto Fujimori nel 1992, segnato da una svolta in senso fortemente autoritario del suo governo, e la convocazione di un Congresso Costituente Democratico incaricato di scrivere un nuovo testo costituzionale<sup>225</sup>. Al culmine dello scontro istituzionale, il Congresso dominato dall'opposizione aveva cercato di reagire alle violazioni di Fujimori minacciando di aprire un procedimento di accusa nei suoi confronti, ma la sua decisione era stata resa inutile dal colpo di Stato del Presidente che, sostenuto dai militari, aveva proceduto a sciogliere con la forza l'assemblea.<sup>226</sup> Ovviamente, quella descritta è

---

<sup>224</sup> Cairo Roldán, *op. cit.*, 135. Per i caratteri generali dell'istituto nella Costituzione peruviana odierna e le relative problematiche si vedano anche García Chávarri, *op. cit.*, 8 ss., e Eguiguren Praeli, *op. cit.*, 121 ss.

<sup>225</sup> Su questa fase della storia peruviana e sui motivi politici ed istituzionali che resero possibile una tale accumulazione di potere da parte di Fujimori si veda D. Encinas, *Los escudos de la democracia en Argentina y Perú: la crisis como ruta hacia el autoritarismo competitivo*, *Rev. cienc. polít. (Santiago)* [online]. 2016, vol.36, n.3, pp.631-654. ISSN 0718-090X, reperibile all'indirizzo [scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-090X2016000300004&lng=es&nrm=iso](http://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-090X2016000300004&lng=es&nrm=iso).

<sup>226</sup> Per maggiori dettagli Kim, *op. cit.*, 538, nota 54, che dichiara di non considerare l'evento un

una situazione assolutamente patologica e straordinaria, che mostra come, per un ordinato funzionamento ed una reale effettività dei procedimenti di accusa costituzionale, sia necessaria la tenuta dell'ordine democratico, altrimenti si apre la porta a soluzioni *extra ordinem* che portano alla rottura dell'ordinamento stesso. Al momento della redazione della nuova costituzione fu introdotto il nuovo procedimento già descritto<sup>227</sup>, che negli anni successivi, complice la mutata composizione del Congresso in senso favorevole a Fujimori, venne impiegato nei confronti di soggetti che si erano opposti alle politiche presidenziali, ad esempio alcuni giudici della Corte Suprema che si erano pronunciati in senso sfavorevole sulla costituzionalità della ricandidatura del Presidente per un terzo mandato elettorale<sup>228</sup>.

Paradossalmente, alcuni anni dopo fu proprio Fujimori stesso a diventare il bersaglio della nuova procedura: dopo aver lasciato il Perù nel 2000 sulla scia di forti proteste popolari nei suoi confronti, egli rassegnò le proprie dimissioni inviando un *fax* dal Giappone, ma il Congresso le ritenne invalide e procedette ai sensi della Costituzione, votando un procedimento di accusa per rimuoverlo formalmente dalla carica di Presidente e privarlo dei suoi diritti politici. Come è stato osservato<sup>229</sup>, in questa circostanza in realtà il Congresso si limitò ad intervenire per ratificare *de jure* una situazione che di fatto si era già verificata, ossia l'abbandono del potere da parte di Fujimori, e la sua azione giunse a porre il sigillo della legittimità costituzionale su un risultato per il quale era stata cruciale soprattutto la pressione dell'opinione pubblica.

Le complesse vicende peruviane dell'epoca Fujimori ci insegnano che disposizioni costituzionali formalmente identiche possono così prestarsi ad usi ben diversi a seconda dei mutamenti del contesto politico, servendo ora come strumento di legittimazione e rafforzamento dell'autorità presidenziale nei conflitti con altre istituzioni, ora invece al fine di destituire lecitamente un Presidente ormai privato di ogni potere da sommovimenti di natura politica e di fatto costretto all'esilio. Esse ci avvertono anche che, ovviamente, se l'*impeachment* viene ad essere applicato in circostanze eccezionali, in contesti non pienamente democratici o di grave crisi ed instabilità dell'ordinamento, non si possono certo attendere risultati "normali" dal punto di vista della legalità costituzionale, ed aumenta la probabilità che esso venga applicato come mezzo di risoluzione di lotte per il potere.

Ancora un caso di *impeachment* peruviano mostra, per converso, l'efficacia che esso può dispiegare persino quando non si risolve in una condanna espressa

---

tentativo di *impeachment* in senso stretto.

<sup>227</sup> Secondo Eguiguren Praeli, *op. cit.*, 121, tale decisione fu influenzata anche dalla vicenda dell'accusa approvata poco prima dal Congresso contro l'ex Presidente Alan García, che aveva visto contrasti fra Congresso e Pubblico Ministero circa il suo contenuto, risolti poi dalla Corte Suprema.

<sup>228</sup> Come conferma Cairo Roldán, *op. cit.*, 142, in quell'occasione (1997) "*el juicio político fue utilizado como herramienta de represalia política*".

<sup>229</sup> Pérez-Liñán, *Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century?*, cit., 3.

dell'accusato. Parliamo delle vicende, assai complesse e turbolente, che hanno coinvolto l'allora Presidente Pedro Pablo Kuczynski nel 2017.

Riassumendo<sup>230</sup>, Kuczynski, coinvolto in uno scandalo di corruzione di dimensioni transnazionali (c.d. caso Odebrecht, collegato all'inchiesta *Lava-Jato* brasiliana), venne messo in stato d'accusa davanti al Congresso, dove il suo partito godeva di una percentuale di voti molto bassa, secondo uno schema che abbiamo ormai constatato come comune anche in altri Paesi. Tuttavia, egli riuscì a scampare a questo primo tentativo di *impeachment*, poiché al momento della votazione si registrò l'astensione di alcuni membri del partito *Fuerza Popular* (capeggiato dal figlio dell'ex Presidente Fujimori), che impedì di raggiungere la maggioranza prescritta per la destituzione. Pochi giorni dopo, Fujimori venne rilasciato dal carcere dove era detenuto per vari reati dopo aver ricevuto la grazia dal Presidente Kuczynski. Di fronte all'emergere di prove che sembravano dimostrare l'esistenza di un accordo politico con il *leader* di *Fuerza Popular* volto a "barattare" il salvataggio dall'*impeachment* con la liberazione di Fujimori ed al crescere dell'indignazione pubblica, Kuczynski decise di dimettersi per evitare l'avvio di un nuovo procedimento di rimozione nei propri confronti.

In quest'occasione è evidente come la sola minaccia dell'*impeachment* (anche se seguita ad un primo tentativo andato quasi a buon fine per i suoi promotori) sia stata sufficiente a conseguire il risultato atteso, quello dell'allontanamento dal potere del Capo dello Stato accusato, oltre che di reati veri e propri, di comportamenti politicamente repressibili, se non illeciti. D'altronde, vista la debolezza della sua posizione parlamentare, è facile presumere che, se Kuczynski non si fosse dimesso spontaneamente, la seconda votazione lo avrebbe con ogni probabilità visto soccombente e rimosso dalla carica. Se un Presidente non può godere della protezione offertagli da una maggioranza legislativa, le sue possibilità di permanenza in carica diminuiscono sensibilmente, e ciò rende inutile resistere contro un destino già scritto, costituendo piuttosto un incentivo a dimettersi tempestivamente, ancor prima dell'avvio del procedimento (e non troppo tardi, come decise di fare Collor in Brasile). Tuttavia, se pure il caso Kuczynski dimostra che l'*impeachment* può essere impiegato anche per spingere l'accusato alle dimissioni, senza necessità che la procedura giunga fino in fondo con l'accertamento effettivo delle responsabilità, esso è stato macchiato da considerazioni partigiane che ben difficilmente si sposano con una sincera adesione ai valori costituzionali che si vogliono proteggere e che rischiano di produrre una notevole instabilità politica<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> Per maggiori informazioni si vedano C. Heuser, *New President, Old Problems: Corruption and Organised Crime Keep Peru in Crisis*, GIGA Focus | Latin America | Number 04 | July 2018 | ISSN 1862-3573, 3, e Carey, Corrales, Llanos, Marsteintredet, Pérez-Liñán, *op. cit.*, i quali sottolineano come "There was no evidence that the payments themselves were illicit, but Kuczynski's initial failure to acknowledge them prompted charges of "moral incompetence."".

<sup>231</sup> Lo pensano Carey, Corrales, Llanos, Marsteintredet, Pérez-Liñán, *op. cit.*, secondo i quali quello in esame è uno dei casi nei quali "The opposition might seek to terminate a president's tenure simply because it can do so, rather than because of principled ideological differences", senza curarsi di verificare accuratamente la sussistenza di "any clear evidence of malfeasance or major ideological disagreement", agendo in un modo opportunistico che rischia di erodere la fiducia dei cittadini

### 7.3. L'uso (e l'abuso) di strumenti alternativi all'impeachment: i casi di Pérez in Venezuela e Bucaram in Ecuador

Infine, un ultimo cenno ad un'ulteriore categoria di situazioni, già menzionata in precedenza, quelle nelle quali l'obiettivo della rimozione presidenziale viene perseguito con strumenti alternativi al procedimento di *impeachment/juicio político*, nati per altri scopi ma piegati anch'essi al fine di far valere una responsabilità politica spuria del capo dell'esecutivo. Due esempi saranno sufficienti ad illustrare il concetto.

Il primo riguarda Carlos Andrés Pérez, eletto Presidente del Venezuela nel 1989<sup>232</sup>; resosi presto impopolare per le sue politiche economiche, nel 1992 venne accusato di appropriazione indebita, e, ai sensi della Costituzione del 1961 allora vigente, la Corte Suprema fu chiamata a stabilire se si dovesse procedere o meno ad un processo, passo inevitabile perché il Senato potesse decidere la messa in stato di accusa del Presidente, alla quale sarebbe seguito un giudizio nelle forme ordinarie davanti alla Corte stessa. Dopo che la Corte si fu pronunciata per il rinvio a giudizio, il Senato votò per rimuovere l'immunità di Pérez, che fu sospeso temporaneamente dalla carica ma non si dimise. Tuttavia, a quel punto, il Congresso si appellò all'art. 188 della Costituzione, il quale, decorsi 90 giorni di assenza presidenziale, permetteva di dichiarare il Capo dello Stato permanentemente assente e di eleggerne uno nuovo, e così fece con una votazione a maggioranza schiacciante, di fatto rimuovendo Pérez dalla carica. Questi non accettò la decisione e cercò di ricorrere alla Corte Suprema perché ne dichiarasse l'incostituzionalità, ma la Corte non rispose al ricorso e, più tardi, lo condannò in maniera controversa in relazione ad alcune delle accuse a suo carico.

In questo caso ad essere strumentalizzata fu una previsione volta, in origine, a fronteggiare situazioni di impedimento all'esercizio delle funzioni presidenziali per periodo più o meno lungo, prevedendo che, in caso di eccessiva durata dell'assenza del titolare, l'ufficio presidenziale dovesse considerarsi vacante: una norma ragionevole con riferimento a situazioni di emergenza, ma certamente non applicabile ad un caso nel quale il Presidente fosse semplicemente in attesa di processo. Sorge allora il più che lecito sospetto che, in un realtà fortemente conflittuale come quella venezuelana dell'epoca, ed in presenza di una procedura costituzionale di *impeachment* diversa da quelle che abbiamo sinora descritto, poiché attribuiva un ruolo preponderante al giudice supremo sia ai fini dell'iniziativa che soprattutto della decisione finale di rimozione del Presidente, gli oppositori di Pérez in seno al Congresso abbiano optato per ricorrere ad un altro procedimento delineato dalla Carta, capace di consentire la destituzione del Presidente direttamente ad opera dell'assemblea, in modo più rapido e con una semplice maggioranza assoluta: la dichiarazione di assenza permanente del Capo dello Stato<sup>233</sup>.

---

nelle istituzioni.

<sup>232</sup> Per i riferimenti si rimanda a Kada, *Impeachment as a Punishment for Corruption? The Cases of Brazil and Venezuela*, cit., 123 ss.

<sup>233</sup> *Ibidem*, 129. Peraltro nelle pagine successive (131 s.) l'autrice cerca di ricostruire il contesto

Il secondo esempio al quale si faceva riferimento riguarda invece l'Ecuador, dove un copione simile vide protagonista nel 1997 il presidente Abdalá Bucaram. Anche questi, all'apice di un duro scontro con il Congresso, venne rimosso dalla carica attraverso una votazione di quest'ultimo, ma in quel caso lo strumento giuridico impiegato fu una dichiarazione di incapacità del Presidente *ex art.* 100 della Costituzione del 1978 allora vigente, motivata da presunti problemi mentali di Bucaram che lo avrebbero reso inabile allo svolgimento delle proprie funzioni. Di nuovo, risultava evidente come il Presidente Bucaram non fosse affetto da nessuna patologia psichica e non sussistessero i presupposti costituzionali per richiamarsi all'istituto citato, da esperirsi solo in caso di effettivo impedimento presidenziale, ma questo non ha impedito agli avversari del Presidente di agire in tal modo, prediligendo anch'essi una via più rapida ed agevole di quella dell'*impeachment* vero e proprio<sup>234</sup>.

I casi di Pérez e Bucaram rispondono ad una morale comune, affine a quella delle vicende esaminate *supra*. In molte realtà dell'America Latina, quando un Presidente della Repubblica diventa per qualche motivo sgradito, le forze politiche di opposizione che si trovino ad essere in posizione di relativa forza nei suoi confronti hanno la tendenza a cercare strumenti per destituirlo dalla carica, facendo appello a questa o a quella previsione costituzionale. Se le circostanze lo consentono, esse possono procedere per la strada, solitamente lunga e non sempre dall'esito scontato, dell'*impeachment*. Altrimenti, se non ne ricorrono in modo palese i presupposti, o se la maggioranza parlamentare a sostegno della rimozione non è abbastanza elevata da raggiungere le apposite soglie costituzionali, potranno impiegare altre procedure, sempre di competenza parlamentare, che consentano di raggiungere lo stesso effetto pratico con minori complicazioni per loro e garanzie procedurali meno solide per l'interessato, accertando per motivi politici un impedimento presidenziale che nella realtà dei fatti non esiste.

---

dell'epoca, segnato da forti tensioni, tentativi di *golpe* e minacce contro la Corte Suprema, e nota come le accuse contro Pérez si basassero su prove assolutamente generiche; tutto questo porta a concludere che i fautori della rimozione di Pérez fossero pronti a ricorrere a qualsiasi mezzo e pretesto, anche se di dubbia legalità, pur di eliminare un Presidente ormai ostracizzato.

<sup>234</sup> C. D. Chocair Herrera, *La vulneración del principio de legalidad y del derecho al debido proceso legal por parte de la Función Legislativa como consecuencia de disputas de índole socio-política. Estudio de caso: el cese de mandato de Abdalá Bucaram Ortiz*, Universidad Andina Simon Bolívar Sede Ecuador, Quito 2016, reperibile all'indirizzo [www.academia.edu/31351424/La\\_vulneración\\_del\\_principio\\_de\\_legalidad\\_y\\_del\\_derecho\\_al\\_debido\\_proceso\\_legal\\_por\\_parte\\_de\\_la\\_Función\\_Legislativa\\_como\\_consecuencia\\_de\\_disputas\\_de\\_índole\\_socio-política. Estudio\\_de\\_caso\\_el\\_cese\\_de\\_mandato\\_de\\_Abdalá\\_Bucaram\\_Ortiz](http://www.academia.edu/31351424/La_vulneración_del_principio_de_legalidad_y_del_derecho_al_debido_proceso_legal_por_parte_de_la_Función_Legislativa_como_consecuencia_de_disputas_de_índole_socio-política. Estudio_de_caso_el_cese_de_mandato_de_Abdalá_Bucaram_Ortiz), 15 ss. L'art. 82 della Costituzione ecuadoregna del 1978 permetteva il *juicio político* del Presidente davanti al Congresso solo per "*por traición a la Patria, cohecho o cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional*", e richiedeva una maggioranza parlamentare qualificata del 2/3 ai fini dell'accusa e rimozione, molto più alta di quella prevista per la dichiarazione di incapacità. Bucaram tentò nel 2015 di rivolgersi alla Commissione Interamericana dei Diritti dell'Uomo dell'OAS per denunciare la violazione dei propri diritti umani ad opera del Congresso, una denuncia circa la cui fondatezza l'autor manifesta il proprio scetticismo.

Nell'uno e nell'altro caso, è assai frequente che l'applicazione dell'istituto coinvolga forzature più o meno evidenti del dettato costituzionale, quali, nel caso dell'*impeachment*, l'individuazione di fondamenti giuridici dell'accusa flebili o indeterminati, che nascono motivazioni politicamente significative, o uno svolgimento in forma anomala del procedimento, oppure, nel caso delle procedure alternative, il loro stesso richiamo in situazioni assolutamente non comparabili a quelle costituzionalmente previste per il loro utilizzo.

Si tratta di una degenerazione di questi sistemi presidenziali verso una forma di parlamentarismo impropria e patologica, proprio perché non sancita ufficialmente e fondata su un uso disinvolto di procedure estranee in origine a quel modello? Essa rappresenta forse un pericolo per la tenuta democratica e la stabilità di questi sistemi? Quali effetti potrebbe avere sulla loro evoluzione futura?

A queste domande cercheremo di dare una sommaria risposta nelle conclusioni.

## 8. Conclusioni

Abbiamo aperto questa ricerca ponendoci una domanda alla quale rispondere: qual è oggi il ruolo dell'*impeachment* del Capo dello Stato nelle repubbliche presidenziali dell'America Latina, e quanto si è allontanato, se lo ha fatto, dal suo modello originario, quello delineato dalla Costituzione degli Stati Uniti ed applicato in quel Paese?

Per farlo, abbiamo proceduto ad un'indagine lunga ed articolata, che ci ha portato a considerare dapprima, in un'ottica comparata, le origini storiche dell'istituto ed i suoi caratteri prevalenti nell'uso che ne è stato fatto negli ordinamenti di *common law* dove è nato, per poi confrontarli con le ragioni storiche e politiche che hanno spinto gli ordinamenti di recente indipendenza latinoamericani a recepire ed adattare il modello alle proprie esigenze e con le normative costituzionali che, nei diversi Paesi, mirano a disciplinare l'istituto con varie denominazioni, dando luogo a categorie differenti caratterizzate da elementi comuni fra loro. Dopo aver così cercato di rievocare i connotati fondamentali dell'istituto, con un occhio alle principali differenze che si riscontrarono da ordinamento ad ordinamento, abbiamo esaminato brevemente le opinioni degli studiosi che hanno cercato di spiegare i motivi dell'esteso ricorso all'*impeachment* presidenziale nei Paesi latinoamericani avviatosi negli anni '90 del secolo scorso con riferimento a nuove circostanze storico-politiche, tali da rendere meno praticabile la forma di interruzione del mandato presidenziale fino ad allora prevalente, quella del *golpe* militare, e che sono tuttora divisi sulla questione se ciò rappresenti uno sviluppo positivo o meno per la stabilità delle democrazie latinoamericane. Infine, siamo passati ad analizzare i casi di studio che abbiamo selezionato. Il primo è quello brasiliano, dove a distanza di più di vent'anni fra di loro due casi hanno messo in luce una certa tendenza di quel sistema politico a ricorrere all'*impeachment* presidenziale in momenti di forte crisi politica, anche se con giustificazioni diverse a seconda delle circostanze. Il secondo è quello



paraguayano, dove le motivazioni politiche della rimozione di Lugo sono state così scoperte da non essere negate neppure dai suoi autori. Infine ci siamo intrattenuti su vari altri casi, ognuno dei quali fornisce uno spaccato su come l'*impeachment* e gli strumenti costituzionali assimilabili siano stati impiegati in più di un'occasione in modi che, francamente, non sembrano molto conformi agli usi ai quali erano destinati dalle rispettive previsioni costituzionali, o hanno visto il proprio utilizzo piegato a seconda delle circostanze e convenienze politiche dei vari attori.

Quali insegnamenti, anche provvisori, ne possiamo ricavare, e quali tendenze si possono scorgere per il futuro?

Innanzitutto, sottolineiamo il fatto che, almeno nei casi più importanti fra quelli che abbiamo scelto di esaminare (Brasile e Paraguay), il modello adottato per la disciplina dell'*impeachment* ricalca in modo piuttosto fedele la struttura che esso ha nell'ordinamento statunitense, rendendo così più facile il confronto. Ebbene, come si è cercato di sottolineare fino ad ora, nonostante l'uguaglianza formale o quasi delle regole nei diversi contesti, esse hanno ricevuto un'applicazione alquanto difforme negli USA ed in America Latina.

Difatti negli Stati Uniti, in generale, l'istituto dell'*impeachment*, pur conservando una certa ambiguità circa la sua natura processuale o meno e sulla concreta ampiezza dei presupposti che possono giustificare l'avvio, non si è prestato, almeno con riguardo alla figura presidenziale, a degenerazioni in senso apertamente partigiano. Laddove non emergessero prove sostanziali nel senso della colpevolezza dell'accusato il Senato non ne ha mai deciso la rimozione, tant'è che ad oggi non si è mai verificato un caso di destituzione presidenziale ai sensi dell'art. II, sez. 4 della Costituzione del 1787.

Al contrario, in numerosi ordinamenti dell'America Latina, anche se solo in tempi relativamente recenti (cioè dagli anni '90), l'*impeachment* e la rimozione di Presidenti eletti sono divenuti, se non abituali, certamente molto più frequenti del passato, unendosi ad altre forme di *interrupted presidency* come le dimissioni forzate a causa di proteste popolari per delineare un quadro nel quale la stabilità della permanenza in carica del Capo dello Stato non è più così scontata. In particolare, con riferimento ai casi di Brasile e Paraguay possiamo individuare più o meno nette motivazioni politiche dietro all'agire dei fautori dell'*impeachment*. Collor fu accusato e rimosso, oltre che per via del suo probabile coinvolgimento in illeciti di tipo corruttivo, per via della sua contestata politica economica. In modo ancor più evidente, Dilma Rousseff fu messa sotto accusa, al di là del fondamento piuttosto debole rappresentato dalla violazione della legge sulla responsabilità fiscale, per motivi analoghi. Lugo fu espressamente attaccato per diversi atti cruciali alla sua politica di governo, senza allegare all'atto di accusa alcun parametro giuridico costituzionale o legislativo del quale si sostenesse la violazione. Il discorso non muta molto se si aggiungono anche casi già considerati come quelli di Venezuela ed Ecuador, dove l'impiego disinvolto di dichiarazioni di incapacità presidenziale o di vacanza dell'ufficio in assoluta mancanza dei rispettivi requisiti giuridici appaiono persino più eloquenti nel rivelare il loro carattere strumentale.

In altre parole, l'uso dell'*impeachment* in America Latina ha fatto fede al suo nome di *juicio político* in modo forse fin troppo letterale<sup>235</sup>, evidenziando come le asserite violazioni giuridiche da parte degli accusati fossero nel migliore dei casi complementari, se non secondarie, rispetto alle rivendicazioni politiche (spesso non esplicitate, ma innegabilmente presenti) quale fondamento della messa in stato di accusa. Se in alcuni casi (in maniera palese quello del Paraguay, dove il *juicio* è esperibile anche nei confronti del Presidente che sia giudicato inadeguato a svolgere correttamente le proprie funzioni, senza alcun limite o parametro espresso) il fenomeno può essere stato favorito da una formulazione costituzionale delle fattispecie di responsabilità presidenziale piuttosto indeterminata, in altri a fare la differenza rispetto agli Stati Uniti è stato il contesto politico-istituzionale, approvato solo di recente ai canoni della democrazia liberale e dominato in generale da un gran numero di partiti deboli e poco coesi, tale da rendere molto difficoltoso costruire una maggioranza parlamentare solida corrispondente allo schieramento politico che esprime il Capo dello Stato.

La tendenza che è emersa, visibile soprattutto nella realtà brasiliana, ma non solo, appare essere la seguente. Finché il Presidente è in grado di assicurarsi e mantenere il sostegno di una maggioranza, sia pur eterogenea, che ne appoggi le politiche non si registreranno tensioni e la sua posizione sarà solida; se invece, per vari motivi l'alleanza si sfalda e si creano tensioni all'interno della maggioranza, il Presidente si indebolisce e rimane isolato, e come tale vulnerabile a tentativi di *impeachment*. Un Presidente privo di alleati non gode più della protezione offerta da una maggioranza che impedisca ad una richiesta di *impeachment* di essere approvata con i numeri (rafforzati) costituzionalmente imposti, e se è esponente di un partito di minoranza quest'ultimo potrà fare ben poco in suo soccorso. Al contrario, come insegna il caso di Samper in Colombia, un Presidente debole ha buone speranze di proteggersi dall'*impeachment* e di sopravvivervi se riesce in tempo utile a scendere a compromessi con parlamentari di altri partiti e a (ri)costruire una maggioranza *ad hoc* che voti contro la sua condanna.

Ne consegue che l'equilibrio fra poteri ed istituzioni non è fissato una volta per tutte, bensì può conoscere variazioni anche significative a seconda di fattori politici che incidono sulla lettura e sull'applicazione pratica da dare alle previsioni costituzionali sulla forma di governo, ed in particolare sulla base dei concreti rapporti di forza politica fra Presidente ed assemblea legislativa e del controllo che il primo è eventualmente in grado di esercitare sulla maggioranza della seconda.

Tutto questo, però risponde ad una logica che non è propria dell'essenza del sistema di governo presidenziale. Anzi, essa pare mutuare dinamiche più frequenti in ordinamenti parlamentari come il nostro, nei quali la necessità del mantenimento di un rapporto di fiducia fra assemblea legislativa ed esecutivo rende frequenti rimescolamenti interni alla maggioranza di governo e produce, specie in sistemi politicamente frammentati in un gran numero di partiti, una certa

---

<sup>235</sup> D'altro canto secondo Hochstetler, *The Fates of Presidents in Post-Transition Latin America: From Democratic Breakdown to Impeachment to Presidential Breakdown*, cit., 127, "The Spanish term *juicio político* (literally *political judgement*) makes the double meaning clear".

instabilità dei governi, i quali possono essere in ogni momento sfiduciati e quindi non hanno nessuna garanzia di completare il proprio mandato fino alla scadenza naturale. Ciò si pone agli antipodi del modello presidenziale, che invece mette al centro della propria architettura la stabilità, con la netta separazione istituzionale fra legislativo ed esecutivo, entrambi provvisti di una diretta legittimazione democratica popolare, non legati fra loro da rapporti di fiducia e privi di strumenti per porre fine anticipatamente l'uno al mandato dell'altro, con un Presidente che normalmente non può sciogliere anzitempo l'assemblea<sup>236</sup> ed un Congresso o Parlamento che parimenti non ha modo di destituire formalmente il capo dell'esecutivo, segnalando la cessazione di un rapporto di sostegno politico nei suoi confronti, tranne che ricorrendo, appunto, all'*impeachment* ed a istituti simili.

Questi ultimi, tuttavia, non sono stati introdotti (e le citate discussioni a questo riguardo avvenute in occasione della Convenzione di Filadelfia mostravano di aver già chiaro tale obiettivo) al fine di consentire la libera destituzione del Presidente sulla base di una scelta parlamentare, sorretta da motivazioni puramente politiche, perché ciò equivarrebbe ad eliminare ogni differenza pratica con un regime parlamentare. Non a caso la Costituzione statunitense, seguita da quasi tutte le altre, ha proceduto a fissare requisiti forse non troppo stringenti ma comunque presenti per fare ricorso all'*impeachment*, delineando condizioni procedurali e sostanziali da rispettare e che in generale tendono a complicare l'impiego dell'istituto. Esse richiedono che la decisione sia adottata da una percentuale assai significativa dell'assemblea (comprendente, presumibilmente, tanto la maggioranza quanto una parte rilevante della minoranza, o viceversa) e che essa si basi sull'allegazione di circostanze che integrano la commissione di reati, violazioni costituzionali/o legislative o altri illeciti, facendo valere una responsabilità che non è, nonostante i tentativi della dottrina di risolvere la questione, né totalmente giuridica né interamente politica, ma ibrida.

Come giustificare, alla luce di ciò, procedimenti di *impeachment* politicamente motivati?

Da un punto di vista giuridico, essi non rappresentano certamente una soluzione ideale. Anche laddove si registri una corrispondenza formale con la *littera* costituzionale (ad esempio in un caso come quello dell'*impeachment* di Rousseff, dove tutte le fasi del procedimento costituzionale sono state seguite nell'ordine previsto e dove comunque la condanna si è basata su una presunta violazione di legge, come richiede la Costituzione brasiliana pur sussistendo dubbi sulla sua effettiva rilevanza a tali fini), ciò non sembra coerente con lo spirito profondo dell'istituto, perché finisce per produrre l'effetto già accennato di turbare l'ordinario funzionamento del sistema presidenziale. Il potere di accusa, lo si è già detto, è conferito al Congresso perché ne faccia uso in caso di violazioni

---

<sup>236</sup> Ma è proprio in alcuni Paesi dell'America Latina, come ad esempio il Perù (art. 134 Cost., sia pur solo in caso di mozioni di censura o sfiducia adottate nei confronti del Governo), che questo principio subisce una deroga attraverso l'attribuzione al Presidente di un potere di scioglimento, in quella che pare un'estensione assai significativa delle sue prerogative rispetto al modello americano (sull'argomento dei poteri presidenziali in America Latina, anche in rapporto al Parlamento, si veda il riepilogo operato Mezzetti, *L'America Latina*, cit., 469 ss.).

costituzionali ed abusi ad opera del Presidente, cosicché ogni suo impiego al di fuori di tale ambito costituisce una deviazione rispetto alla norma costituzionale.

Ciononostante, le concrete circostanze politiche dei casi esaminati e di altri simili, nonché l'inesistenza di strumenti di ricorso contro gli atti del procedimento o la decisione di rimozione al fine di farne dichiarare l'invalidità da parte di un'autorità giurisdizionale (compresa l'indisponibilità dei giudici supremi a farsi carico dei ricorsi effettivamente proposti, come accaduto in Brasile e in Paraguay), rendono inevitabile, almeno per lo studioso, accettare l'effettività dei fatti. Anche se ciò in pratica impedisce un controllo di conformità sul rispetto dei parametri costituzionali da parte delle istituzioni, particolarmente necessario soprattutto nelle ipotesi di forzature maggiormente vistose, occorre prendere atto della distorsione.

Quanto agli effetti che il fenomeno è in grado di dispiegare, a nostro giudizio molto dipende dalla relativa frequenza con la quale esso si presenterà in futuro, e da altre caratteristiche legate al contesto. Con ogni probabilità è eccessivo parlare dell'*impeachment* presidenziale come di una prassi comune in America Latina, perché ciò implicherebbe un ricorso abituale all'istituto nei vari ordinamenti, mentre in realtà i casi di *impeachment* o *juicio político* che dir si voglia si verificano solitamente ad un certo intervallo di tempo l'uno dall'altro, come in Brasile (1992 e 2016), pur non mancando anche esempi di tentativi relativamente più ravvicinati fra di loro, come in Paraguay<sup>237</sup>. Ma ciò non toglie che, una volta piantati, certi semi siano difficili da estirpare, e che, una volta sperimentato, l'uso "politico" dell'*impeachment* costituisca un precedente difficile da ignorare, anche se non necessariamente destinato a ripetersi<sup>238</sup>.

Ancora una volta, interrogarsi sul perché si verifichi questa distorsione di scopo esula dagli scopi della nostra ricerca, attenendo piuttosto ad un'indagine di tipo politologico. Ci basterà concludere riconoscendo che, come preannunciato, nelle occasioni prese in esame l'istituto della messa in stato d'accusa e destituzione del Presidente della Repubblica da parte del Congresso è stato impiegato col fine precipuo di rimuovere un Capo dello Stato impopolare ed avversato dalla maggioranza parlamentare, spesso addossandogli anche responsabilità non del tutto riconducibili alle sue scelte politiche, per far sì che si producesse un'alternanza nella carica presidenziale.

---

<sup>237</sup> Inoltre, non occorre trascurare il fatto che spesso in uno stesso ordinamento accanto all'*impeachment* possono ricorrere, nel giro di un periodo relativamente breve di anni, altre forme di interruzione anticipata del mandato presidenziale dovute a pressioni politiche, manifestazioni popolari o ad altre cause, (ad es. le dimissioni), la cui somma contribuisce così a configurare specifici ordinamenti latinoamericani come maggiormente instabili e pronti a rotture rispetto ad altri. Per alcuni dati in proposito si veda la tabella riportata da Llanos, Marsteintredet, *op. cit.*, 185, che contiene informazioni sia sulle interruzioni verificatesi che su quelle non andate a buon fine, dimostrando come in certi Paesi il *pattern* non sia trascurabile. Facendo leva su dati simili, Marsteintredet, Llanos, Nolte, *op. cit.*, 120, osservano che "*With Lugo's fall, Paraguay joins Argentina, Bolivia, and Ecuador in the club of countries that have faced multiple interrupted presidencies*", dati coerenti con la tabella succitata.

<sup>238</sup> Le sue conseguenze possono risultare particolarmente negative, come rileva Helmke, *op. cit.*, 27, quando agiscono "*in ways that makes subsequent crises more likely*", ad esempio se incrinano la fiducia nelle istituzioni stesse e non nei loro singoli titolari *pro tempore*.

Quali effetti potrebbe avere ciò sul futuro sviluppo degli ordinamenti presidenziali dell'America Latina? Ha davvero senso temere una deriva in senso parlamentare in quei sistemi? Alla luce di quanto sopra considerato, probabilmente no.

Non c'è dubbio che i casi analizzati abbiano rappresentato, dal punto di vista politico, rotture non indifferenti degli equilibri politico-istituzionali (specie in ordinamenti ancora relativamente deboli dal punto di vista democratico), e che abbiano introdotto una misura più o meno grande di instabilità politica nelle rispettive realtà, non di rado associata a contesti socialmente turbolenti, ma in una prospettiva più generale non ci pare che questi basti a mutare i connotati del sistema in modo così significativo. Occorrerebbero casi ripetuti e frequenti di *juicio político* politicamente motivato per indebolire l'esecutivo a favore del legislativo in modo così rilevante, rendendo manifesta la sua dipendenza da quest'ultimo. In realtà, ad uno sguardo più approfondito, non si riscontra mai la rivendicazione di un simile potere da parte delle varie assemblee, che non hanno teorizzato esplicitamente (almeno, non in termini vincolanti), la sussistenza di un rapporto di fiducia fra sé stesse e il Presidente. Tutto si risolve portando alle estreme conseguenze la constatazione (applicabile, con le dovute differenze, anche ai casi di *divided government* negli Stati Uniti) per la quale un capo dell'esecutivo che manchi di un significativo sostegno parlamentare non è in grado di portare avanti un'azione di governo efficace, rimuovendo *de jure* un Presidente *de facto* già incapace di operare, e conferma quanto già teorizzato, ovvero che l'*impeachment* ha realistiche possibilità di presentarsi ed avere successo solo in contesti politicamente divisi che vedano il Capo dello Stato in una posizione di minoranza.

Inoltre, non è scontato che l'esperienza dell'*impeachment* abbia necessariamente un impatto negativo sulla stabilità democratica degli ordinamenti interessati<sup>239</sup>, togliendo forza alle citate argomentazioni volte a considerare i giudizi di destituzione una *species* del *genus* dei colpi di Stato. Parte della dottrina che si è occupata del tema<sup>240</sup>, infatti, ha sottolineato come oggi, al contrario del passato, in America Latina *presidential breakdown* non sia può sinonimo inevitabile di *democratic breakdown*, e che anche la rimozione di un leader politico con procedure non esattamente ortodosse non sia di solito sufficiente a causare una regressione verso modelli non democratici, rientrando comunque nell'alveo della legalità costituzionale. Ormai i principi democratici sembrano aver attecchito a sufficienza in questa parte del mondo, e la frequenza di interruzioni anticipate del

---

<sup>239</sup> Anzi, vi è chi insiste che essa costituisca un sviluppo potenzialmente benefico, introducendo elementi di flessibilità in una struttura altrimenti tendenzialmente rigida e fungendo da mezzo di responsabilizzazione dei titolari del potere: questa è l'opinione degli autori e degli organismi citati *ibidem*, 20.

<sup>240</sup> Lo conclude Pérez-Liñán, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, cit., 204 ss., contestando l'opinione, diffusa fra vari autori negli anni '80-'90 (come Linz), che i sistemi presidenziali fossero per natura più fragili di quelli parlamentari, e che tali regimi fossero maggiormente suscettibili di degenerare nell'autocrazia in caso di rimozione del Presidente con mezzi diversi da quelli elettorali e di contrasti fra il potere legislativo e l'esecutivo.

mandato presidenziale pare avere come unico effetto l'instabilità di tale figura, non del contesto complessivo.

Infine, sempre dalla dottrina giunge l'avvertimento per il quale, nonostante tutte le preoccupazioni che si possono avere per il mutamento nelle relazioni fra potere legislativo ed esecutivo, in realtà, a ben guardare, la minaccia maggiore per la stabilità degli ordinamenti latinoamericani si nasconde non in un potenziale rafforzamento delle assemblee parlamentari, ma al contrario nel rischio di un'eccessiva concentrazione del potere nella figura presidenziale. Il Capo dello Stato difatti gode già in vari Stati di poteri (compresi quelli normativi) più ampi di quelli del suo corrispondente nel modello americano<sup>241</sup>, spesso in mancanza di molti dei *checks and balances* che negli Stati Uniti garantiscono un maggior equilibrio fra poteri ed impediscono che le prerogative dell'esecutivo si espandano in maniera troppo ampia<sup>242</sup>. A giudizio di tali autori, i Presidenti latinoamericani, dal punto di vista costituzionale, sono già abbastanza forti da non aver bisogno di protezione nei confronti del Congresso, che anzi continua a rischiare di essere messo da parte da iniziative del Capo dello Stato volte ad aumentare il proprio potere (ed alcune vicende recenti, come quelle del Venezuela<sup>243</sup>, paiono mostrare che tale rischio è tutt'altro che teorico, almeno in certe realtà).

In definitiva, pur essendo probabilmente presto per avanzare ipotesi realistiche sugli sviluppi futuri, la nostra indagine sull'impiego dell'*impeachment* o *juicio político* nei confronti dei Presidenti delle repubbliche latinoamericani negli ultimi tre decenni conduce ad alcune conclusioni riassuntive.

<sup>241</sup> Come osserva Mezzetti, *Le democrazie incerte*, cit., 339 ss., rifacendosi a M. Shugart, S. Mainwaring, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, 40-54: "Il discernimento relativo ai sistemi politici dell'America Latina tende a fare apparire i presidenti come dominanti e le assemblee come deboli e serventi", salvo alcune eccezioni, una situazione che deriva dagli ampi poteri sia proattivi (es. quelli normativi) che reattivi (es. quello di veto) dei quali sono abitualmente titolari i Capi di Stato latinoamericani, spesso un retaggio delle costituzioni autoritarie.

<sup>242</sup> Cfr. Pérez-Liñán, *Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century*, cit., 11: "Although legislators and judges may occasionally destabilize elected governments, they lack sufficient command of patronage, budgetary resources, and security forces to impose an authoritarian regime. Only the executive branch, with vast resources at its disposal, can sustain a lasting process of democratic backsliding when it acts without constraints". In termini simili, per Gueli, *op. cit.*, 676, nota 47 "L'ipotesi di gran lunga più frequente è quella del colpo di Stato del potere esecutivo, mirante ad accrescere la propria autorità a scapito del parlamento", laddove le assemblee legislative sarebbero per natura meno inclini ad azioni violente e traumatiche.

<sup>243</sup> Sull'intricata situazione di questo Paese, che dall'inizio del 2019 si dibatte in una gravissima crisi politico-costituzionale che vede fronteggiarsi due Presidenti rivali, ognuno dei quali contesta in radice la legittimazione dell'altro, e dove negli ultimi anni si è assistito ad un progressivo ampliamento delle prerogative del Presidente Maduro, fortemente criticate dalla maggioranza parlamentare contrapposta al suo partito come violazioni dell'ordinamento democratico e foriere di scontri istituzionali con l'Assemblea Nazionale, si vedano, ad esempio, P. Pisicchio, *Venezuela. Tra crisi istituzionale e internazionale populista. Appunti su una vicenda non ancora conclusa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 4, 20 febbraio 2019 (13 febbraio 2018), oppure i contributi di autori venezuelani riportati nella sezione *Speciale Venezuela* in [www.dpce.it/forum-dpce-online-speciale-venezuela.html](http://www.dpce.it/forum-dpce-online-speciale-venezuela.html) (aggiornamento al 20 settembre 2017).

In primo luogo, negli ordinamenti analizzati (soprattutto Brasile e Paraguay) lo strumento costituzionale dell'*impeachment* è stato utilizzato in un certo numero di occasioni come mezzo per procedere alla rimozione di un Presidente in carica per ragioni essenzialmente politiche, volgendo il procedimento costituzionale ad un fine diverso da quello giuridicamente prescritto e comune al modello originario di sanzionare politicamente comportamenti illeciti. In secondo luogo, in tutti questi casi il ricorso ad esso è stato favorito da un contesto politico frammentato ed instabile, dove il Presidente era a capo di un partito di minoranza ed aveva perso il sostegno della coalizione che in precedenza lo sosteneva.

Inoltre, anche se gli eventi citati rappresentano la manifestazione di dinamiche (pseudo)parlamentari, essi dipendono perlopiù da fattori legati al funzionamento degli specifici sistemi politico-partitici nazionali, non dall'architettura costituzionale, che rimane invariata, cosicché non si può parlare dell'introduzione di un vero e proprio meccanismo di responsabilità politica dell'esecutivo nei confronti del Parlamento, costantemente esigibile. Tuttavia, si può notare come alcune caratteristiche costituzionalmente sancite dei sistemi abbiano presumibilmente contribuito a facilitare tali abusi (quali la previsione di sistemi elettorali diversi per l'elezione del Presidente e del Congresso in Brasile ed in Paraguay).

In definitiva, il modello di governo presidenziale rimane così sostanzialmente intatto, e non si dà luogo ad una vera e propria prassi nel senso di un uso frequente dell'*impeachment*, ma piuttosto a tendenze che, per così dire, rimangono latenti e si riattivano in presenza delle citate circostanze politiche di divisione della maggioranza e debolezza del Presidente. Per il resto, nonostante l'instabilità della carica che può così prodursi, la figura presidenziale rimane in linea di principio al centro dell'ordinamento, autonoma nei confronti del legislativo, anche se con poteri e ruoli concreti diversi da realtà a realtà.

Concludendo, anche a causa della loro relativa rarità e distanza nel tempo, oltre che della loro disciplina costituzionale, le rimozioni presidenziali non hanno per ora avuto significative ripercussioni negative sulla tenuta dell'ordine democratico nei vari Paesi (e dove vi sono state criticità maggiori in questo senso, come in Paraguay ed in Perù, esse sembrano essere state riassorbite in fretta con l'elezione di nuovi Presidenti secondo procedure democratiche), distinguendosi perciò dai colpi di Stato, atti completamente illegali ed *extra ordinem* precedentemente molto diffusi in questa zona del mondo, ai quali sono state a volte polemicamente ma impropriamente assimilate dai loro oppositori politici.





## Unità e frammentazione territoriale e sociale e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali

### Introduzione al Focus

di *Angioletta Sperti*

In passato il problema della tutela dei diritti negli ordinamenti caratterizzati da un pluralismo territoriale o sociale si è posto soprattutto in relazione alla tutela delle minoranze, in particolare di quelle religiose ed etniche o linguistiche. A questo riguardo, mi fa piacere ricordare come un fondamentale contributo sul tema delle minoranze e, più in generale, sulla garanzia dei diritti fondamentali nello stato pluralista sia stato offerto da Alessandro Pizzorusso il quale per primo avviò negli Anni Sessanta del secolo scorso gli studi su questo tema.

Quando Pizzorusso pubblicò il suo corposo lavoro monografico dal titolo *Le minoranze nel diritto pubblico interno*<sup>1</sup>, in Italia si dibatteva dell'introduzione delle Regioni a statuto ordinario e si tracciava un bilancio degli esiti dell'autonomia, già riconosciuta, alle Regioni a statuto speciale. Lo studio della tutela delle minoranze in rapporto con la forma di stato appariva, quindi, un tema del tutto nuovo, se non per alcuni contributi che i cultori del diritto ecclesiastico avevano portato allo studio dei problemi delle minoranze religiose e per gli studi che, soprattutto nel periodo tra le due guerre, gli studiosi del diritto internazionale avevano condotto sul tema della protezione delle minoranze di razza, di lingua e di religione nell'ambito delle iniziative della Società delle Nazioni.

Mentre, quindi, in Italia il dibattito costituiva una novità degli studi costituzionalistici e restava confinato negli ambiti delle prospettive dello stato regionale italiano, all'estero – in particolare negli Stati Uniti – una vasta dottrina aveva, invece, affrontato il tema del pluralismo sociale. Inoltre, la sentenza della Corte Suprema nel caso *Brown v. Board of Education*<sup>2</sup> del 1954, nel porre fine alla segregazione razziale nell'istruzione, aveva messo in evidenza i problemi del

---

\* Chi scrive desidera rivolgere un sincero ringraziamento al Consiglio Direttivo dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (DPCE) ed in particolare al suo Presidente, Prof. Rolando Tarchi, per il prezioso supporto ed i consigli che hanno reso possibile la pubblicazione dei contributi del presente Focus.

<sup>1</sup>A. Pizzorusso, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967.

<sup>2</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

seguito legislativo e giurisprudenziale delle pronunce della Corte Suprema sulla tutela dei diritti civili in un contesto federale.

Rispetto al passato il tema della tutela dei diritti delle minoranze negli ordinamenti pluralistici o territorialmente composti è divenuto molto più complesso poiché alla frammentazione e moltiplicazione di diritti che, richiamando Gregorio Peces-Barba<sup>3</sup>, rappresenta un naturale sviluppo dell'evoluzione dei diritti dell'uomo, si è aggiunta una profonda crisi del diritto statale che, non casualmente, il titolo del convegno - in cui i contributi di questo *Focus* sono stati preliminarmente esposti dagli Autori - evoca<sup>4</sup>.

Nell'attuale scenario giuridico i diritti hanno, infatti, acquistato una nuova vitalità: Maria Rosaria Ferrarese parla, a questo riguardo, di un rapporto di compensazione in cui, ad una crisi della legislazione come manifestazione giuridica esaustiva corrisponde un "primato dei diritti" che appaiono in grado di soddisfare le esigenze del presente, di soddisfare le molteplici aspirazioni, interessi e potenzialità dei soggetti<sup>5</sup>. Tale "primato dei diritti" fa sentire i suoi effetti nell'ambito degli Stati - ove finisce per interferire e talora confliggere con le tradizionali concezioni di sovranità - ma anche a livello sovranazionale, ove i diritti appaiono come parte di un patrimonio che interseca livelli di governo e culture di tipo diverso.

Gli interventi in cui si articola il Focus affrontano il tema della tutela dei diritti in rapporto con l'unità e con la frammentazione sociale e territoriale da molteplici punti di vista.

Il contributo di Matteo Monti intitolato "*L'asimmetria dei derechos estatutarios nell'ordinamento spagnolo fra identità, uguaglianza e visioni federali o regionali dello Estado Autonomico*" guarda alla seconda generazione degli statuti delle regioni autonome spagnole ed all'introduzione di diritti statutari (*derechos estatutarios*) nell'ordinamento regionale spagnolo. L'Autore sottolinea come mentre le *Comunidad autónomas* abbiano proposto una prospettiva federale e tesa alla valorizzazione delle singole identità locali, il Tribunale costituzionale abbia, invece, sviluppato una visione regionale e egualitaria dello *Estado Autonomico*. L'analisi dell'Autore si sofferma, quindi, su questi sviluppi nel quadro di una ricostruzione teorica dei rapporti tra diritti federali e regionali, dimostrando come lo *Estado Autonomico* spagnolo costituisca un caso "prototípico" dei rapporti tra visione federale e regionale dei diritti in cui il Tribunale costituzionale si pone come "unico soggetto legittimato a determinare quale sia lo «spazio di federalizzazione» dell'ordinamento spagnolo, a Costituzione invariata"<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> G. Peces-Barba Martínez, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2004, 103 ss.

<sup>4</sup> I contributi di questo Focus sono stati sinteticamente esposti dagli Autori in un *panel* dal titolo *Unità e frammentazione territoriale e sociale e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, nell'ambito del primo convegno dell'*Italian Chapter* dell'*International Association of Public Law (Icon)* sul tema *Unità e frammentazione dentro ed oltre lo Stato*, svoltosi a Roma il 23-24 novembre 2018.

<sup>5</sup> M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.

<sup>6</sup> L'espressione è dello stesso Autore del contributo.

L'articolo di Paola Parolari - dal titolo "Legal Polycentricity, *interlegalità e dimensioni "intersistemiche" dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v. Khan*" - affronta, invece, il tema della frammentazione giuridica connessa al carattere multiculturale della società, guardando in particolare all'esperienza inglese. Esso esamina, dunque, soprattutto il profilo dell'interpretazione giudiziale la quale assume, in ragione della molteplicità delle fonti riconducibili a spazi giuridici diversi, una dimensione "intersistemica". L'Autrice ripensa, quindi, i rapporti del diritto nazionale con il diritto internazionale dei diritti fondamentali, da una parte, e con i «*minority legal orders*», dall'altra dimostrando come questi due livelli dell'"interlegalità" interagiscano fra di loro, in un processo circolare di influenza reciproca tra tutti gli spazi giuridici coinvolti.

Il contributo di Elettra Stradella – dal titolo "*Soggetti, forme e strumenti dell'esecuzione delle decisioni costituzionali: l'impatto sulla tutela dei diritti fondamentali*" - affronta, invece, il tema dell'esecuzione costituzionale guardando, in particolare, al modo in cui in ordinamenti territorialmente composti si ponga il problema dell'attuazione delle decisioni costituzionali e se e come modalità diverse di esecuzione costituzionale possano incidere sulla tutela dei diritti in ordinamenti costituzionali composti. Si dimostra come proprio sulla possibilità o meno di presumere l'osservanza delle decisioni del giudice costituzionale si articoli il margine di confine tra esecuzione e *compliance* e la consistenza dei rapporti fra di esse.

Andrea Carbone, nel suo contributo dal titolo *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, affronta il modo in cui nell'ambito degli stati membri del Consiglio di Europa si intersechino livelli di governo e culture diverse in relazione in particolare all'attuazione dell'art. 6 CEDU ed alla garanzia del giusto processo. Dopo aver illustrato come l'art. 6 CEDU, infatti, rivesta un ruolo preminente nella definizione dei rapporti tra il procedimento ed il processo amministrativo, l'Autore illustra come nei vari ordinamenti europei tale duplicità applicativa abbia creato discrasie in ordine all'individuazione del momento – procedimentale o processuale – in relazione al quale le garanzie di cui all'art. 6 CEDU devono trovare attuazione.

Infine, l'ultimo contributo dal titolo *Le Corti costituzionali tra tutela del pluralismo e delle singole identità* – di cui chi scrive è Autrice - intende guardare al ruolo delle Corti costituzionali da un'ulteriore prospettiva, quella dei riflessi che l'accentuarsi del pluralismo sociale e culturale produce sull'argomentazione giudiziale e sull'utilizzo del parametro di legittimità costituzionale. Il contributo si propone quindi di illustrare come le molteplici istanze di riconoscimento e tutela avanzate dalle minoranze alle corti costituzionali abbiano modificato i tradizionali *standard of review* adottati in passato dalle corti. La tesi sostenuta è che mentre in passato le corti hanno perlopiù utilizzato il parametro dell'eguaglianza, allargando progressivamente l'elenco dei fattori di discriminazione considerati "sospetti" di illegittimità costituzionale, oggi la giurisprudenza rileva la tendenza delle corti a

ricorrere ad un'argomentazione giudiziale in cui l'eguaglianza appare perlopiù declinata nel suo rapporto con la dignità umana.

Tutti gli scritti contenuti in questo *Focus* intendono, quindi, offrire un'illustrazione di come la frammentazione sociale o territoriale incida sul contenuto sostanziale dei diritti, sul sistema delle fonti, sul processo costituzionale, sui rapporti tra diversi livelli di governo. Le considerazioni che emergono trasversalmente da tutti i contributi sono un'ulteriore dimostrazione della centralità assunta dalle corti, in particolare delle corti costituzionali o supreme, che sono le prime ad offrire risposte alle minoranze o ai gruppi che chiedono tutela dei propri diritti o invocano il riconoscimento o la valorizzazione delle proprie identità.

# L'asimmetria dei *derechos estatutarios* nell'ordinamento spagnolo fra identità, uguaglianza e visioni federali o regionali dello *Estado Autonomico*

di Matteo Monti

**Abstract:** The asymmetry of the *Derechos Estatutarios* in the Spanish legal system between identity, non-discrimination principle, and federal and regional perspectives on the *Estado Autonomico* – The second generation statutes of autonomy have introduced *derechos estatutarios* (regional rights) into the Spanish legal system. In this field, while the *Comunidad autónomas* (Regions) have proposed a federal and identity-based perspective on the Spanish state of autonomies, the Constitutional Court has affirmed a regional and egalitarian idea of what Spanish federalism is. In this framework, the paper aims to explore these two different perspectives on Spanish federalism, analysing them according to the federalist theory of subnational constitutionalism and asymmetry in fundamental rights protection.

2093

**Keywords:** Spain; Fundamental Rights; Statutes of Autonomy; Asymmetry; Non-discrimination Principle.

## 1. Introduzione e inquadramento della tematica dei diritti ‘federati’ e dell’asimmetria nella protezione dei diritti fondamentali

Negli stati federali ‘avanzati’<sup>1</sup>, ossia in quelli ove è presente un sistema di autonomia piena delle unità subterritoriali garantita costituzionalmente, è possibile per gli stati federati sviluppare cataloghi di *diritti fondamentali*<sup>2</sup> nelle

<sup>1</sup> Nella complessa ricostruzione della nozione di stato federale e nel concetto poliforme di federalismo (C.J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, 1968; K.C. Wheare, *Federal Government*, Oxford, 1947; R.L. Watts, *Comparing Federal Systems*, Kingston, 1999; D.J. Elazar, *Exploring federalism*, Tuscaloosa, 1987; G. De Vergottini, *Prefazione al volume “Federalismi a confronto”*, in A. Benazzo (Ed.), *Federalismi a confronto: dalle esperienze straniere al caso Veneto*, Milano, 2010; P. Carrozza, *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomie*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto Costituzionale comparato (tomo II)*, Bari, 2014) si può affermare che la presenza di una ‘*Kompetenz zur Verfassunggebung*’ (H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1925, 208) sia tratto peculiare rispetto alla condizione di avanzamento della decentralizzazione territoriale (Cfr. P. Popelier, *The need for sub-national constitutions in federal theory and practice. The Belgian case*, in *Perspectives on Federalism*, 2/2012, [www.on-federalism.eu](http://www.on-federalism.eu), 43 e A. Gamper, *Global Theory of Federalism*, in *German Law Journal*, 10/2005, 1312). Per una panoramica delle più recenti esperienze ed evoluzioni si veda: G. Delledonne, G. Martinico, P. Popelier (a cura di), *Re-Exploring Subnational Constitutionalism*, numero speciale della rivista *Perspectives on Federalism*, 2/2014, [www.on-federalism.eu](http://www.on-federalism.eu).

<sup>2</sup> Si utilizza la dizione “diritti fondamentali” per distinguere la categoria da quella dei c.d. diritti umani: G. Palombella, *From Human Rights to Fundamental Rights: Consequences of a Conceptual Distinction*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 3/2007. Cfr. E. Stradella, *I diritti*

proprie costituzioni. Lo sviluppo di queste carte dei diritti dà luogo a quella che si potrebbe definire un’“asimmetria nella protezione dei diritti fondamentali”<sup>3</sup> dei cittadini, in quanto si determina in questo modo un diverso grado di protezione dei diritti federali e/o si creano nuovi diritti su base territoriale<sup>4</sup>.

Secondo questa ricostruzione teorica, possono individuarsi quattro interazioni fra diritti federati e federali<sup>5</sup>: il medesimo contenuto dei diritti federati e federali; un contenuto maggiore o estensivo dei diritti federali da parte di quelli federati; la presenza nelle costituzioni subnazionali di diritti differenti e innovativi, non ricompresi nella carta federale; o, da ultimo, una minor o assente portata dei diritti federali nelle carte subterritoriali. La presenza di questa tutela asimmetrica dei diritti impatta su quello che è stato definito uno dei principi più basilari del nostro e di ogni modello territoriale, ossia quello di uguaglianza, nella sua declinazione di uguaglianza nei diritti fondamentali<sup>6</sup>. Il vaglio della compatibilità di questa protezione asimmetrica dei diritti con il principio di uguaglianza è rimesso – di norma – alle Corti Supreme federali (e agli organi federali). In questo senso la tendenza generale negli stati federali ‘avanzati’ appare quella di legittimare forme di asimmetria nel limite in cui queste non violino il principio di uguaglianza inteso come minimum standard dei diritti federali<sup>7</sup>, non intaccando, limitando o distorcendo la natura stessa dei diritti fondamentali federali<sup>8</sup>. La presenza di carte di diritti fondamentali subnazionali a portata territoriale limitata non è peraltro un dato comune a tutti gli stati federali<sup>9</sup> (o presunti tali) ed è invece completamente ‘rigettata’ da quelli c.d. regionali<sup>10</sup>, come la vicenda italiana ha

---

*fondamentali nelle Corti. Primi spunti per una definizione della “fondamentalità” dei diritti nel diritto comparato*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2016, [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

<sup>3</sup> M. Monti, *L’asimmetria dei diritti fondamentali nelle costituzioni subnazionali: Carta per le Fiandre ed esperienza svizzera*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2018.

<sup>4</sup> Su cui T. Groppi, *Il federalismo*, Bari, 2004, 59-60 e F. Palermo, K. Kössler, *Comparative Federalism Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford, 2017, 344.

<sup>5</sup> Si rimanda per ulteriori specificazioni a: Monti, *L’asimmetria nei diritti*, cit., 464 e ss.

<sup>6</sup> A. Ruggeri, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 25.10.2002, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2.

<sup>7</sup> È la c.d. teoria della *Mindeststandardlehre* in Germania (BVerfGE 96, 345 [365]; 36, 342 [361]), del “lowest common denominator” negli Stati Uniti (*Alderwood Assocs. v. Washington Env’tl. Council* 96 Wn.2d 230 (1981) (Washington 1981)), o la dottrina del sistema svizzero (Tribunale, Assemblea e Consiglio federale) del limite del minimum standard dei diritti federali (su cui si veda C. Fercot, *Diversity of Constitutional Rights in Federal Systems*, in *EuConst*, 4/2008, 311; si tratta della c.d. teoria della natura complementare dei diritti cantonali: A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier (a cura di), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Berna, 2013, 40; cfr. V. Martenet, *L’autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle, 1999, 420 ss.).

<sup>8</sup> Si è descritta questa ricostruzione in un altro scritto utilizzando metaforicamente la *Teoria dei Diritti* di Carl Wellman (*A Theory of Rights*, Totowa NJ, 1985). Cfr. M. Monti, *Subnational constitutions between asymmetry in fundamental rights protection and the principle of nondiscrimination: a comparison between Belgium (Charter for Flanders) and Switzerland*, in *Perspectives on Federalism*, 1/2019, [www.on-federalism.eu](http://www.on-federalism.eu), 13-14.

<sup>9</sup> Si pensi all’eclatante caso del Canada (A.G. Tarr, *Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism*, in *Rutgers Law Journal*, 4/2009) o a quello del Belgio (Popelier, *The need for sub-national constitutions*, cit.).

<sup>10</sup> Cfr. A. Mastromarino, J.M. Castella Andreu, *Esperienze di regionalismo differenziato*, Milano, 2009. Con peculiare riferimento alla questione dei diritti: G. Delledonne, G. Martinico, *Legal Conflict and Subnational Constitutionalism*, in *Rutgers Law Journal*, 42/2012.

dimostrato<sup>11</sup>. Quello che tuttavia può forse apparire comune a tutti i modelli decentralizzati è la natura simbolica e identitaria di questi *bill of rights* e dei diritti in essi ricompresi<sup>12</sup>.

Da questo punto di vista, la vicenda spagnola sembra essere particolarmente interessante anche per una rilettura del nostro regionalismo<sup>13</sup>. Lo *Estado Autonómico*<sup>14</sup> può forse essere considerato un caso prototipico<sup>15</sup> delle tensioni fra visione federale (avanzata) e regionale nella questione dei diritti statutari. Sotto questa prospettiva, nel *genus* più ampio dei federalismi, la Spagna sembra mostrare una tensione rispetto al modello di Stato territoriale, denotata almeno per due logiche territoriali differenti e antitetiche: quella 'para-federale' delle *Comunidad autónomas* (o almeno di alcune di esse) e quella 'regionalista' del Tribunale costituzionale (STC).

È peraltro il *Tribunal* il vero e unico interprete della portata costituzionale del Titolo VIII della Costituzione Spagnola (CE) ed è quindi l'unico soggetto legittimato a determinare quale sia lo 'spazio di federalizzazione' dell'ordinamento spagnolo a costituzione invariata. In questa dinamica, gli statuti di seconda generazione inglobanti cataloghi dei diritti – pur se 'approvati' dal legislatore centrale nei processi di revisione statutaria – sono stati oggetto di riletture fortemente riduttive da parte del *Tribunal*, che ha così congelato il *federalizing process*<sup>16</sup> spagnolo, perlomeno sul versante dei diritti fondamentali. La centralità del Tribunale costituzionale in questa dinamica ha assunto dunque una duplice rilevanza: decidere la compatibilità con il principio di uguaglianza dei diritti statutari (non *fundamentales*, secondo le categorie spagnole) e, insieme, fungere da freno alla federalizzazione del modello territoriale spagnolo<sup>17</sup>.

Il presente contributo intende dunque analizzare la tensione fra le diverse visioni del modello territoriale spagnolo in materia di diritti fondamentali federati,

---

<sup>11</sup> Gli statuti di alcune regioni, ex art. 123 Cost., hanno tentato di introdurre dei prototipi di "cataloghi di diritti" regionali, ritenuti dalla Corte costituzionale privi di valore giuridico. Cfr. *ex pluribus* R. Tarchi, D. Bessi, *Articolo 123*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

<sup>12</sup> Cf. P. Häberle, *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des verfassungsstaates*, Berlin, 2007; P. Häberle, *Nationalflaggen: Bürgerdemokratische Identitätselemente Und Internationaleerkennungsymbole*, Berlin, 2008; Delledonne, Martinico, *Legal Conflict*, cit.

<sup>13</sup> Cfr. S. Gambino, *Regionalismi e diritti di cittadinanza. La riforma degli statuti in Spagna e in Italia*, in *federalismi.it*, 17/2008, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (si veda anche il volume curato dallo stesso autore *Regionalismi e Statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Milano, 2008).

<sup>14</sup> Su cui J.M. Castellà Andreu, *Estado autonómico: pluralismo e integración constitucional*, Barcellona, 2018, 30 e 56.

<sup>15</sup> R. Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, 256 e ss.

<sup>16</sup> Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, cit.

<sup>17</sup> G. Pisarello Prados, *Derechos y garantías jurisdiccionales en la sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, in *Revista catalana de dret públic*, n°. Extra 1/2010, 178; R. Canosa Usera, *La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía*, in *Teoría y realidad constitucional*, 20/2007, 64; J.M. Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010: ¿rectificación o depuración de la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 247/2007?*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 16/2010, 289. Per l'esecuzione delle decisioni del Tribunale costituzionale si veda per tutti: E. Stradella, *Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo*, in *federalismi.it*, 3/2018, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

*rectius derechos estatutarios*<sup>18</sup>, con il focus – doveroso e inevitabile – sul ruolo del Tribunale costituzionale.

Nel primo paragrafo verrà esposta la prospettiva delle *Comunidad autónomas* (C.A.) e i processi statutari che hanno condotto all’inserimento di carte dei diritti negli Statuti c.d. di seconda generazione. Nel secondo paragrafo verrà invece analizzata la giurisprudenza del Tribunale costituzionale sulla compatibilità dei diritti statutari con il principio di uguaglianza e con il modello del Titolo VIII CE. Nelle conclusioni verranno svolte alcune considerazioni riepilogative.

## **2. Le riforme statutarie e gli Statuti di seconda generazione: la visione ‘federale’ dei diritti statutari**

In questa sede non si può approfondire la tematica delle differenti categorie dei diritti fondamentali, dei diritti costituzionali o dei mandati, come sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza spagnola (cfr. la ricostruzione nella STC, 247/2007): per chiarezza terminologica sia sufficiente intendere i diritti fondamentali come quelli del capitolo I e II del Titolo I della CE e i principi rettori o mandati (d’ora in poi per comodità definiti ‘diritti sociali’) come quelli del Capitolo III del medesimo titolo. Quello che, fin da subito, preme sottolineare è come i diritti statutari siano principalmente quelli interferenti col capitolo III “Dei principi che reggono la politica sociale ed economica” del Titolo “Dei diritti e doveri fondamentali” CE. Tuttavia, sarebbe riduttivo considerare che le C.A. abbiano inteso solo insistere su quest’ambito, avendo tentato di incidere, come si vedrà, anche su diritti di maggior ‘rilievo’ come il diritto a una vita dignitosa, il diritto all’educazione e il principio di laicità.

Sulla possibilità degli Statuti di incorporare carte dei diritti alcuni ritenevano che ciò avrebbe creato un regime di asimmetria nella protezione dei diritti fondamentali incompatibile con il principio di uguaglianza<sup>19</sup>. Tuttavia, prima lo statuto della Comunità di Valencia<sup>20</sup> e poi quello della Catalogna<sup>21</sup> hanno inaugurato questa nuova possibile forma di asimmetria. Il “segundo proceso

---

<sup>18</sup> Come verranno definiti d’ora in poi, data l’ambiguità che può generare il termine “diritti fondamentali” nell’ordinamento spagnolo. Per un inquadramento teorico della questione non si può prescindere da: M.A. Aparicio Pérez, M. Barceló i Serramalera, *Los derechos públicos estatutarios*, in M.A. Aparicio, J.M. Castellà, E. Exposito (a cura di), *Derechos y principios rectores en los estatutos de Autonomía*, Barcellona, 2008.

<sup>19</sup> Per l’opzione negativa, in quanto avrebbe creato un regime differente fra cittadini spagnoli, cfr. L.M. Díez-Picazo, *Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78/2006, 63. *Contra*: F. Caamaño: *Sí pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 79; E. Expósito, *La regulación de los derechos en los nuevos estatutos de autonomía*, in *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, 5/2007.

<sup>20</sup> Ley Orgánica n. 1/2006.

<sup>21</sup> Ley Orgánica n. 6/2006.



autonomico”<sup>22</sup>, come è stato definito<sup>23</sup>, è stato foriero di una visione dello *Estado Autonómico* che si può descrivere come ‘federale’ dal punto di vista dei diritti, intesi come elemento importante dell’autogoverno da parte di quasi tutte le C.A. (anche se con diverse gradazioni)<sup>24</sup>. Questa strada era peraltro già stata in parte esplorata con la *Carta de Derechos Sociales* navarrina<sup>25</sup>, contenuta in una legge forale. La creazione delle carte dei diritti fu inizialmente formalizzata nello Statuto valenziano (St. Val.) che ne prevedeva tuttavia ancora una forma ibrida, disciplinando pochi diritti e rimandando all’emanazione di una “*Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana*” (art. 10 St. Val.). Lo Statuto della Catalogna (St. Cat.) ha invece alzato il tiro, esprimendo un completo e ampio *Bill of rights* e riproducendo anche strutturalmente l’aspetto di una costituzione<sup>26</sup>.

I diritti iscritti negli Statuti delle C.A. hanno *in primis* una natura simbolica e identitaria delle rispettive collettività<sup>27</sup> e senz’altro esprimono una *Weltanschauung* propria e, talvolta, estranea a quella dello stato spagnolo interamente inteso. Tuttavia, essi aspirano anche a formulare una serie di diritti territorialmente validi e vincolanti. I diritti ricompresi in queste ‘carte’ possono essere circoscritti nelle quattro categorie sopradette<sup>28</sup>: la riproduzione di diritti ‘uguali’ a quelli statali, l’espansione dei diritti statali, la creazione di nuovi diritti e la *deminutio* dei diritti statali; quest’ultima categoria è l’unica che appare assente negli statuti in esame. In relazione alla quarta interazione, peraltro, lo Statuto Catalano ha enunciato, all’art. 37.4 St. Cat.<sup>29</sup>:

Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de las

<sup>22</sup> Comunidad Valenciana (Ley Orgánica n. 1/2006), Catalogna (Ley Orgánica n. 6/2006), Baleari (Ley Orgánica n. 1/2007), Andalusia (Ley Orgánica n. 2/2007), Aragón (Ley Orgánica n. 5/2007), Castilla y León (Ley Orgánica n. 14/2007), Navarra (Ley Orgánica n. 7/2010) ed Extremadura (Ley Orgánica n. 1/2011).

<sup>23</sup> P. Cruz Villalón, *La reforma del Estado de las Autonomías*, in *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 2/2006. Cfr. E. Roig Molés, *La reforma del Estado de las Autonomías: ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978?*, in *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 3/2006; E. Álvarez Conde, *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Madrid, 2007.

<sup>24</sup> Aparicio Pérez, Barceló i Serramalera, *Los derechos públicos*, cit., 15. In generale su questo nuovo afflato cfr. Castellà Andreu, *Estado autonómico*, cit., 92 e ss.

<sup>25</sup> Ley Foral n. 9/1999 “para una Carta de Derechos Sociales”.

<sup>26</sup> F. De Carreras Serra, *Los objetivos del Estatuto de Cataluña y la STC 31/2010*, in *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 9/2010, 46.

<sup>27</sup> I. Ruggiu, *Testi giuridici e identità. Il caso dei nuovi Statuti spagnoli*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 28/2007; J.M. Castellà Andreu, *Valores, principios y derechos estatutarios como expresión de la identidad de las comunidades autónomas*, in J.M. Castellà Andreu, S. Grammond (a cura di), *Diversidad, derechos fundamentales y federalismoun diálogo entre Canadá y España*, Barcellona, 2010; Delledonne, Martinico, *Legal Conflict*, cit.

<sup>28</sup> La dottrina spagnola più attenta ha riproposto una schematizzazione simile, ma ridotta solo alla seconda e terza interazione: riconoscendo una collaborazione nei diritti, una volontà di elevare i principi rettori a diritti e il tentativo di creare nuovi diritti. Aparicio Pérez, Barceló i Serramalera, *Los derechos públicos*, cit., 26 e ss.

<sup>29</sup> Su cui cfr. Expósito, *La regulación de los derechos*, cit.; G. Cámara Villar, *Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85/2009, 293.

disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España (Art. 37.4 St. Cat.).

È interessante rilevare che formule simili – tese all'esclusione della quarta interazione – furono poi riprese anche dai successivi statuti di seconda generazione per escludere sia una *deminutio* (o anche ampliamento con distorsione) dei diritti fondamentali sia un'estensione degli effetti dei diritti statutari fuori dall'ambito delle competenze regionali<sup>30</sup>. Va invece rilevato come la prima interazione – la ripetizione dei diritti – sarebbe solo da intendersi come elemento simbolico data l'assenza di efficacia che la stessa avrebbe nell'ordinamento spagnolo<sup>31</sup>.

Nella dinamica di creazione e sviluppo di carte dei diritti regionali, le C.A. sembrano avere lanciato una vera e propria sfida federalizzante all'ordinamento spagnolo, tentando di innestare in un ordinamento 'regionale' quei caratteri del costituzionalismo subnazionale tipici degli stati federali 'avanzati'<sup>32</sup> e contestando, contemporaneamente, il "regimen de monopolio"<sup>33</sup> statale dei diritti fondamentali. Se questa tensione si è attenuata a seguito della crisi economica e della pressante opera di ri-centralizzazione svolta negli ultimi anni<sup>34</sup>, la ripresa economica della Spagna potrebbe rilanciare le dinamiche federalizzanti delle C.A. Interessante, da questo punto di vista, è come da ultimo la 'sfida' dei diritti statutari sia stata riproposta nel novembre 2018 dal nuovo Statuto delle Canarie (St. Can.)<sup>35</sup> che al Titolo I contiene la disciplina "De los derechos, deberes y principios rectores", contenente diritti e principi idonei a creare asimmetria nella protezione dei diritti nell'ordinamento spagnolo<sup>36</sup>. Lo Statuto riprende la stessa formulazione e strutturazione del Titolo I della CE, proponendo un capitolo dei diritti e doveri (Capitolo II titolo I St. Can.) e uno dei principi rettori (Capitolo III titolo I St. Can.). Da questo punto di vista è significativo rilevare come, in primo luogo, lo Statuto sembri riprendere la distinzione costituzionale fra diritti soggettivi e diritti costituzionali che si esprimano in principi. Tale distinzione sembra una sfida aperta al *Tribunal* che – come si vedrà – appare aver ritenuto tutti i diritti statutari come necessitanti di una *interpositio legis* per la loro applicazione.

<sup>30</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 279, nota 23. Cfr. FJ18 della sentenza.

<sup>31</sup> Su questo aspetto: E. Albertí Rovira, *El proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya*, in V. Garrido Mayol, A.H. Català i Bas, F. García Mengual, *Modelo de Estado y reforma de los estatutos*, Valencia, 269.

<sup>32</sup> Delledonne, Martinico, *Legal Conflict*, cit.

<sup>33</sup> Castellà Andreu, *Valores, principios y derechos estatuarios*, cit., 50.

<sup>34</sup> Castellà Andreu, *Estado autonómico*, cit.

<sup>35</sup> Ley Orgánica n. 1/2018. Su cui J.F. López Aguilar, R. García Mahamut, *El nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias: "tercera generación". Hecho diferencial y nuevo sistema electoral*, in *Revista española de derecho constitucional*, 39/2019.

<sup>36</sup> Fra i diritti del Capitolo II St. Can. si pensi alle azioni positive dell'art. 2 ampiamente riconosciute, alla serie di diritti delle varie fasce di età (art. 13 *menores de edad* – art. 14 *personas jóvenes* – art. 15 *personas mayores*), agli ampi diritti legati alla salute e al testamento biologico (art. 19 e 20). Si consideri anche il *Derecho a una renta de ciudadanía* (art. 24), i diritti del consumatore (art. 25) e quelli all'ambiente (art. 26), la protezione dei dati personali (art. 30) e i diritti degli animali (art. 35), che introducono una prospettiva anche di asimmetria ulteriore.

### 3. La giurisprudenza del *Tribunal* sulle carte dei diritti subterritoriali: la visione 'regionale' dei diritti statutari

La prima sentenza sui diritti statutari è la sentenza STC 247/2007<sup>37</sup> (STC 249/2007<sup>38</sup>), nella quale le comunità di Aragona e Castilla La Mancha impugnavano la disposizione sul diritto all'acqua dello Statuto Valenziano (art. 17 St. Val.), facente parte del Titolo II St. Val. (*De los Derechos de los Valencianos y Valencianas*). Nel contesto di uno Statuto che faceva pochi riferimenti a diritti specifici – se non quello all'acqua – rimandando alla successiva formulazione di una “*Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana*”, il *Tribunal* salvò l'esistenza e la legittimità di diritti statutari, ma articolò una ‘teoria’ degli stessi che ne limitava la portata asimmetrica (nell'espansione o riproduzione di quelli costituzionali)<sup>39</sup>.

Le categorie dei diritti che secondo il Tribunale potevano essere ricompresi negli Statuti erano: i “derechos institucionales”, ossia i diritti legati alle istituzioni regionali (STC 247/2007, FJ 15) e agli *hechos diferenciales* (STC 247/2007, FJ 11), che sono diritti soggettivi e direttamente giustiziabili (STC 247/2007, FJ 15); e i c.d. “derechos competenciales”, ossia i diritti legati alle competenze regionali<sup>40</sup>. Se i primi riguardano il funzionamento degli enti regionali (parlamento, governo etc.) e diritti specifici riconosciuti a livello costituzionale<sup>41</sup> (lingua nei Paesi Baschi, Catalogna etc., diritto civile in Catalogna, etc.), i secondi rappresentano il vero tentativo di evoluzione in senso federale proposto dagli Statuti di seconda generazione. In quest'ultimo novero si iscriveva il diritto all'acqua previsto dallo Statuto Valenziano. Di questa seconda categoria ci si occuperà nel proseguo, con la premessa che la sentenza STC 247/2007 sembra far coincidere i diritti statutari con quelli ‘sociali’. I diritti ‘competenciales’ vengono infatti limitati dal *Tribunal* al ruolo di principi che debbono trovare applicazione in una legge per assurgere al ruolo di diritti soggettivi<sup>42</sup>: «necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio

<sup>37</sup> M. Iacometti, *La “prima volta” di un nuovo Statuto (quello valenziano) di fronte al Tribunale costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2008.

<sup>38</sup> La quale, richiamandosi alla sentenza STC 247/2007, risolve sbrigativamente il ricorso della Castilla-La Mancha.

<sup>39</sup> Si è evitato così di prendere posizione sull'estensione dei diritti: cfr. Pisarello Prados, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 2.

<sup>40</sup> M. Barceló i Serramalera, *Los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 en el catálogo de derechos, deberes y principios del Estatuto de Autonomía de Cataluña: una desactivación más aparente que real*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 12/2011, 68. M.A. Cabellos Espiérrez, *Derechos y garantías jurisdiccionales en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, in *Revista catalana de dret públic*, n.º. Extra 1/2010, 155.

<sup>41</sup> Cfr. F. de Carreras Serra, *Los hechos diferenciales en la Constitución*, in M.Á. Ramiro Avilés, G. Peces-Barba Martínez (a cura di), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, Madrid, 2004. J. Tajadura Tejada, *Los hechos diferenciales constitucionalmente relevantes*, in A. Pérez Calvo (a cura di), *Estado, nación y soberanía*, Madrid, 2000.

<sup>42</sup> La dottrina ha evidenziato in generale come il Tribunale avesse finito per svuotare la sostanza dei diritti statutari, lasciandone solo la forma: M.A. Cabellos Espiérrez, *La relación derechos-Estado autonómico en la sentencia sobre el Estatuto valenciano*, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 7/2008, 126 ss.; G. Cámara Villar, *Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana)*, in *REDC*, 85/2009, 285-288.

por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico» (STC 247/2007, FJ 15). In questo modo si sancisce come i diritti ‘innovativi’, come il diritto all’acqua, possono essere creati dal legislatore regionale senza però avere un’efficacia concreta se non recepiti dalla legislazione regionale.

In questa prospettiva, i ‘nuovi’ diritti generati dagli statuti sembrano essere compatibili con il principio di uguaglianza, la cui lesione era invece contestata dai ricorrenti in base agli artt. 138 CE (Solidarietà e uguaglianza territoriale), 139 CE (Uguaglianza degli spagnoli nei territori dello Stato) e 149.1.1 CE (Condizioni basiche)<sup>43</sup>. Il *Tribunal* riconobbe in questa occasione, richiamandosi alla sua giurisprudenza sulle condizioni basiche (STC 76/1983, FJ 2 a), che

[a]l respecto, conviene apuntar ya la idea de que la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles se garantiza por Ley de las Cortes Generales (arts. 81.1 y 149.1.1 CE), pero las Leyes autonómicas, garantizada esa igualdad fundamental en la materia de que se trate, pueden también incidir en dichas posiciones jurídicas, si han asumido competencias sobre las mismas (STC 247/2007, FJ 4).

2100

In questo modo il giudice delle leggi certificò come fosse possibile creare *nuovi* diritti non ricompresi nel testo costituzionale, come è l’art. 17 St. Val., negli ambiti competenziali delle regioni e con il limite delle condizioni basiche e – appare in via interpretativa – con quello che non si intacchino nel concreto i diritti sanciti nella Costituzione<sup>44</sup>. Questo è ciò che viene sancito per quanto riguarda il campo dei diritti sociali, ossia del Capitolo III CE. Tuttavia, il Tribunale sembrava andare oltre. Riconosciute la valenza e l’immediata applicabilità dei diritti costituzionali del capitolo II, il *Tribunal* evidenziò anche come l’applicazione territoriale dei diritti costituzionali/fondamentali potesse essere ‘variata’ dai legislatori regionali nei propri ambiti competenziali<sup>45</sup>; sembra dunque – in questo *obiter dictum* –

<sup>43</sup> I ricorrenti denunciavano come: «De admitirse nuevos derechos al margen de los constitucionales, se establecería una diferencia de carácter sustancial entre los ciudadanos españoles en función de su residencia (...) supone quebrar el principio general de igualdad de los españoles, así como el principio de unidad». STC 247/2007.

<sup>44</sup> In questo senso potrebbe leggersi l’espressione: «Pero no es en dicha esfera propiamente política, sino en el ámbito de los ciudadanos, en concreto, de sus condiciones de vida, donde opera el principio constitucional de igualdad». STC 247/2007.

<sup>45</sup> «Sin embargo, nada determina que el régimen jurídico de los derechos constitucionales quede sustraído a las reglas del reparto competencial (...) es posible (...) que la normativa autonómica, dictada dentro de los ámbitos competenciales que le sean propios, incida en la regulación del régimen jurídico de esos derechos, respetando siempre, naturalmente, las determinaciones que pudieran seguirse de las competencias estatales (art. 149.1 CE). Así ocurre, por ejemplo, en relación con la educación (arts. 27 y 149.1.30 CE) e, igualmente, con los derechos de asociación (art. 22 CE y correlativos preceptos estatutarios atributivos de competencia en la materia), fundación, o con el derecho a recibir y difundir información, etc. (...) Por tanto, según hemos avanzado, alcanzamos ya una primera conclusión: el art. 139.1 CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada». STC, 247/2007.

possibile qualche forma di estensione dei diritti dei Capitoli I-II (es. il diritto all'educazione).

Ma questa ricostruzione è forse da ritenere incerta data l'insistenza che il *Tribunal* pone sul fatto che i diritti statutari siano solo dei mandati. Gli stessi potranno essere soggetti a forme di controllo quando si verifichi la conformità della legislazione regionale allo statuto da parte del Tribunale stesso<sup>46</sup>. Nel caso di specie, infatti, malgrado il diritto all'acqua<sup>47</sup> di cui all'art. 17 St. Val. avesse due espressi postulati – la redistribuzione dell'acqua in eccesso in base ai criteri di sostenibilità e la garanzia di una quantità di acqua di qualità sufficiente – il diritto venne considerato però solo come un principio, un mandato al legislatore regionale<sup>48</sup>. La sentenza STC 247/2007 conteneva, dunque, alcuni tratti di ambiguità in relazione a una visione dei diritti statutari come meri diritti sociali e si limitava ad un'analisi dei soli diritti nuovi, non delineando una chiara dottrina in relazione all'asimmetria determinabile nella protezione dei diritti costituzionali. Sembra però potersi rilevare come la stessa Corte permettesse in questi ambiti un'estensione dei diritti sociali (seconda categoria di interazione) e la creazione di nuovi diritti (terza categoria), mentre in caso di riproduzione degli stessi diritti presenti in Costituzione essi sembravano non dover assumere e determinare alcuna portata asimmetrica<sup>49</sup>.

Un miglior banco di prova della ricostruzione sistemica del ruolo dei diritti statutari nell'ordinamento spagnolo è stata l'impugnazione dello Statuto catalano del 2006, dato il ricco catalogo di diritti ricompresi nello stesso, che non si limitava alla rimodulazione della materia dei diritti sociali<sup>50</sup>. La sentenza STC 31/2010 non ha però dipanato molti dubbi in materia. Essa riconferma sostanzialmente la necessità di una legge per rendere i diritti statutari diritti soggettivi, con qualche

---

<sup>46</sup> «En el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2 d) CE, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada. Lo dicho ha de entenderse sin perjuicio, claro está, de que tales prescripciones estatutarias, como todas las otras contenidas en los Estatutos, habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente estatuto». STC 247/2007.

<sup>47</sup> Á. Garrarena Morales, *El derecho de aguas ante a reforma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 18/2006.

<sup>48</sup> FJ 18, 247/2007. Certamente se si fossero individuati in maniera più precisa titolari e condizioni di esercizio del diritto si sarebbe forse potuto riconoscere come diritto soggettivo: cfr. J.M. Castellà Andreu, *Hacia una protección 'multinivel' de los derechos en España. El reconocimiento de derechos en los Estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 120/2007, 741.

<sup>49</sup> «Alongside this subnational provision embodying principios rectores, there might be some clauses devoted to rights that are already included in national constitutional provisions: these would not be inconsistent with the CE, but they would just be reproducing a national constitutional precept. In case of norms that go beyond the constitutional precepts, it will be necessary to consider their link to the local needs: if they embody local aspirations, they might not be considered as unconstitutional». Delledonne, Martinico, *Legal Conflict*, cit., 903.

<sup>50</sup> V. Ferreres Comella, M. Paloma Biglino Campos, M. Carrillo, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, 2006.

spiraglio interpretativo<sup>51</sup>, e sembra anche abbandonare la differenza fra diritti istituzionali-*hechos diferenciales* e diritti ‘competenciales’<sup>52</sup>. Rilevata la *fundamentalità* come tratto dei diritti iscritti nella Costituzione (STC 31/2010, FJ 16) e riaffermata (STC 31/2010, FJ 3) la superiorità della stessa, il *Tribunal* derivava da questi assunti due conseguenze: «contenido igual de los derechos fundamentales frente a todos los poderes, y garantía común del mismo con base en la unidad de la jurisdicción ordinaria y la constitucional»<sup>53</sup>. La sentenza 31/2010 riconferma dunque che i diritti statuari «vinculan exclusivamente al poder público catalán y, naturalmente, si sólo pretenden hacerlo en el marco de sus competencias» (STC 31/2010, FJ16).

La distinzione con i diritti fondamentali è dunque netta, perlomeno rispetto ai diritti del Capitolo I-II CE. La sentenza, infatti, evidenzia come rispetto agli stessi i diritti statuari non possano intervenire creandone di nuovi<sup>54</sup> ma nemmeno ampliarne il contenuto: “[e]n consecuencia, el Estatuto no puede actuar ni como fuente de derechos fundamentales ex novo ni como una ley orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales, ni tampoco regular su ejercicio, lo que corresponde al legislador ordinario”<sup>55</sup>. Così, uno Statuto potrebbe solo ampliare i diritti fondamentali nei ristretti limiti legati alla loro attuazione, stante la competenza regolatrice delle leggi organiche statali in materia<sup>56</sup>, ma non creare autonomamente nuovi diritti fondamentali, intesi come diritti iscrivibili nel capitolo I-II CE. Tuttavia, nonostante la volontà di separare i diritti ‘costituzionali’ da quelli statuari in due linee parallele e non intersecabili è evidente che

es sabido que los Estatutos no se han limitado a reproducir derechos constitucionales, sino que han detallado algunos de sus contenidos. Esto supone que derechos fundamentales y derechos estatutarios no son dos círculos separados, sino secantes, que tienen zonas de confluencia, pues hay derechos constitucionales que al mismo tiempo son declarados por el Estatuto, aportando concreciones a la dicción constitucional<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. J.C. Gavara de Cara, M. Mateu y F. Vallés, *Los derechos estatutarios en el sistema constitucional español*, in J.C. Gavara (a cura di), *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Barcellona, 2010, 41 ss.

<sup>52</sup> Cabellos Espiérrez, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 157.

<sup>53</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 266.

<sup>54</sup> «el Estatuto [no] ha creado derechos fundamentales distintos de los proclamados en la Constitución o en contradicción con ellos, ni ha podido afectar al régimen de tales derechos en lo que hace a su titularidad, regulación y condiciones de ejercicio» (STC 31/2010, FJ 18); una tale circostanza avrebbe infatti determinato «una pluralidad de regímenes de derechos fundamentales (tantos como Estatutos), lo que afectaría al principio de igualdad de los españoles en materia de derechos fundamentales». STC 31/2010, FJ 17.

<sup>55</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 268.

<sup>56</sup> Così sembra dal suddetto passaggio della sentenza: «si se limitara a hacer lo que ya se ha hecho en la Constitución, en la que se agota la función normativa necesaria en ese primer nivel de abstracción, al que sólo puede seguir ya la función de desarrollo, proceso de concreción que no corresponde al Estatuto» (STC 31/2010, FJ 17). Cfr. M. Carrillo, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, in *Revista catalana de dret públic*, n.º. Extra 1/2010, 163. Quest’impostazione sembra riconfermata in un passaggio della sentenza STC 79/2017 sul «respeto del contenido esencial de derechos fundamentales, pues ‘puede hablarse... de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional respecto de estos derechos (...)’» (STC, 79/2017, FJ 2).

<sup>57</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 271. In tal senso: Cabellos Espiérrez,

In ogni caso serve rilevare come il *Tribunal* sembri chiudere alla possibilità di avere una seconda interazione di tipo espansivo dei diritti fondamentali (salvo in ambiti ristretti di concretizzazione degli stessi negli spazi lasciati al legislatore regionale da parte delle leggi organiche<sup>58</sup>). Questo assunto sembra riconfermato in relazione all'art. 15 St. Cat.:

[e]ste precepto y el resto se tienen que poner en relación con el artículo 37.4 del Estatuto, del cual se deduce que éste no ha creado nuevos derechos fundamentales diferentes de los proclamados por la Constitución, ni tampoco ha podido afectar el régimen jurídico de los derechos por lo que se refiere a su titularidad, regulación y condiciones de ejercicio<sup>59</sup>.

Al contrario, sembra possibile da parte degli Statuti un'estensione dei diritti costituzionali del capitolo III (i diritti sociali) e la creazione di nuovi diritti – non fondamentali ed estranei quindi a quelli dei capitoli I-II del Titolo I CE<sup>60</sup> – con il limite del “respeto al orden competencial y a los derechos fundamentales de la Constitución y los derechos humanos de los tratados y convenios internacionales”<sup>61</sup>. Questo principio sembra inverato dal salvataggio dei diritti statutari ‘sociali’ nuovi come il diritto all’acqua valenziano o dall’espansione di quelli costituzionali come la disposizione sulla “emancipación de los jóvenes” dell’art. 40 St. Cat., che amplia il diritto sociale della “Protección a la familia y a la infancia” (art. 39 CE). Serve, da questo punto di vista, rilevare che le estensioni dei diritti sociali, la creazione di nuovi diritti sociali e l’ampliamento minimo dei diritti fondamentali reso possibile dalla sentenza sembrano necessariamente legati al successivo operato del legislatore regionale e non siano altrimenti attuabili direttamente dallo Statuto (STC 31/2010, FJ 17). La sentenza ritiene infatti che quasi tutti i diritti statutari – confermando l'impostazione della sentenza 247/2007 – richiedano la *interpositio legislatoris*, anche se «la STC 31/2010 no cierra la posibilidad a que haya derechos subjetivos ligados a las competencias»<sup>62</sup> (cfr. STC 31/2010, FJ16).

Secondo la struttura interpretativa vista sopra, il portato dell’art. 21 dello Statuto catalano (diritto all’educazione) viene limitato alla necessità di una sua applicazione legislativa e letto con l’art. 37.4 St. Cat., “se confirma así de manera

---

*Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 158-159. Cfr. Aparicio Pérez, Barceló i Serramalera, *Los derechos públicos estatutarios*, cit.

<sup>58</sup> Rispetto ai quali «Será el Tribunal Constitucional en cada caso, salvando la igualdad de posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles y atendiendo al orden competencial, el que decidirá sobre la extensión o ampliación de concretas facultades de derechos fundamentales a partir de previsiones estatutarias». Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 297. Cfr. E. Expósito Gómez, *Derechos y garantías*, in *Revista catalana de dret públic*, Extra 1/2010, 168.

<sup>59</sup> Carrillo, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 164.

<sup>60</sup> «debe deducirse que se podrían acoger nuevos derechos vinculados al ámbito de las competencias asignadas a Cataluña, así como otros derechos que puedan aparecer como concreción de otros derechos constitucionales que no tengan la condición de derechos fundamentales». Expósito Gómez, *Derechos y garantías*, cit., 170.

<sup>61</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 277.

<sup>62</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 275. L'Autore deriverebbe questa considerazione dalla frase: “sin que falten proclamaciones de derechos subjetivos stricto sensu”. Cfr. Aparicio Pérez, Barceló i Serramalera, *Los derechos públicos estatutarios*, cit, 22 e ss.

expresa que esos concretos derechos no pueden desarrollarse, aplicarse o entenderse ‘de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución’ (art. 37.4). Mucho menos, por tanto, atendiendo a la preocupación de los recurrentes, que afecte a ‘su núcleo esencial’. En consecuencia, ha de ser desestimada la impugnación del art. 21.1 y 2 EAC” (STC 31/2010, FJ 20). In questo passaggio specifico sembra dunque possibile l’espansione degli elementi non essenziali del diritto all’educazione (art. 27 CE), nei limiti delle competenze della regione e nel rispetto del nucleo essenziale del diritto<sup>63</sup>. Nel caso di specie, tuttavia, la necessità di un’applicazione mediata dalla legge e l’utilizzo della clausola del 37.4 St. Cat. ‘depotenziano interpretativamente’ sia il modello catalano di educazione sia il principio di laicità (FJ20)<sup>64</sup>. Per quanto riguarda l’art. 20 St. Cat. “*Derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte*”, malgrado esso esprima un diritto abbastanza chiaro a determinate prestazioni e astensioni dei pubblici poteri<sup>65</sup>, lo stesso viene interpretato dal Tribunale come non poter imprimere percorsi diversi rispetto al diritto alla vita costituzionalmente previsto (STC 31/2010, FJ 19). Così il diritto ai trattamenti del dolore viene ricollegato al diritto alla vita dell’art. 15 CE, di cui è «una consecuencia obligada, por implícita» (STC 31/2010, FJ 19). In relazione alle disposizioni del paziente (una sorta di testamento biologico) il *Tribunal* riconosce che esso non contraddice il diritto alla vita, ma deve essere legato alle «competentes para ese cometido en función de las materias concurrentes» (STC 31/2010, FJ 19). Per quanto riguarda il “proceso de la muerte” il Tribunale ritiene che lo stesso possa essere interpretato in linea con l’art. 15 CE e 10.1 CE, ossia senza formalizzare un diritto all’eutanasia né formule che escano dal tracciato costituzionale, svuotandolo così del contenuto<sup>66</sup>. Il diritto alla piena autodeterminazione della donna (41.5 St. Cat.) viene invece ricondotto a un mero principio retto (STC 31/2010, FJ28), riutilizzando la stessa logica dei limiti competenziali e di eventuali leggi organiche. Stessa sorte spetta all’art. 52 St. Cat. relativo alla neutralità dei mezzi di informazione pubblica.

Questi paragrafi non di carattere generale ma specifico sui singoli diritti statuari impugnati sembrano dimostrare che – come si diceva – sia in qualche modo possibile l’espansione dei diritti fondamentali – con tutti i *caveat* della necessaria *interpositio legis* e della giustiziabilità di questi diritti – con il solo limite della non contraddizione dei diritti fondamentali (e dei loro nuclei essenziali): così, se il trattamento del dolore era già presente nel nucleo del diritto alla vita, il ‘testamento’ può espanderlo nel limite delle competenze concorrenti e delle leggi organiche sui diritti, creando una minima (forse irrilevante) asimmetria nella protezione dei diritti fondamentali. La funzione espansiva dunque può apparire minima ma sussistente in qualche forma.

Infine, in relazione al disposto dell’art. 29 St. Cat. sul diritto alla partecipazione politica (i diritti istituzionali della sentenza STC 247/2007) serve

<sup>63</sup> Carrillo, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 164.

<sup>64</sup> Cfr. Castellà Andreu, *Valores, principios y derechos estatuarios*, cit., 60-65.

<sup>65</sup> Si tratterebbe per alcuni di un vero e proprio diritto soggettivo: cfr. Carrillo, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 165.

<sup>66</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 284.



rilevare come esso non venga intaccato dalla sentenza, in quanto ritenuto impattante sulle sole competenze regionali, anche se di fatto esso amplia su base regionale quanto previsto dall'art. 23.1 CE (*Derecho de participación*). Tuttavia, la 'concessione' di questo ampliamento finisce per rientrare in quella modulazione dei diritti fondamentali già prevista per le C.A. e mai messa in discussione, in quanto direttamente connessa al funzionamento del sistema elettorale e politico locale; identiche considerazioni possono essere fatte per i c.d. diritti derivanti da *hechos diferenciales* (lingua etc.)<sup>67</sup>.

Da ultimo serve rilevare la 'reazione' del *Tribunal* alla tematica delle garanzie dei diritti statutari (artt. 37-38 St. Cat.)<sup>68</sup>. La bocciatura del Consiglio di Garanzie statutarie catalano (artt. 76-77 St. Cat.) corrisponde sostanzialmente alla demolizione del modello di tutela dei diritti statutari previsto nello Statuto: la questione «se remite a la ley procesal estatal para que fije las garantías judiciales de los derechos, sin que pueda hacerlo el Estatuto»<sup>69</sup>. Viene quindi dichiarata incostituzionale la vincolatività dei pareri del Consiglio di Garanzie statutarie sia *ex ante* che *ex post* (STC 31/2010, FJ 27 e FJ 32)<sup>70</sup>. Cade poi sotto l'interpretazione conforme della Corte il disposto del ricorso al Tribunale supremo come inteso dallo Statuto (cfr. STC 31/2010, F J43)<sup>71</sup> e viene anche limitato il ruolo esclusivo del *Síndic de Greuges* (STC 31/2010, FJ 33)<sup>72</sup>, rispetto al quale, tuttavia, data l'intersezione di diritti statutari e costituzionali, parte della dottrina ha auspicato procedure comuni e collaborative<sup>73</sup>.

Quest'impostazione limitante la tutela regionale dei diritti statutari sancita dal Tribunale non sarebbe peraltro contraria allo sviluppo di uno stato federale 'avanzato': si pensi al ruolo del Tribunale Federale svizzero nella tutela dei diritti cantonali, di cui assicura la giustiziabilità (malgrado interpretazioni restrittive o

<sup>67</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 291; Barceló i Serramalera, *Los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional*, cit., 73 e ss.

<sup>68</sup> E. Martín, J.M. Castellà Andreu, *Las garantías de los derechos en el Estatuto de autonomía de Cataluña*, in M.A. Aparicio, J.M. Castellà, E. Expósito (a cura di), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 2008, 117 ss. Sul modello catalano: M. Carrillo, *Constitución y estatuto: la garantía de los derechos en el ámbito autonómico por órganos consultivos*, in R. Romboli, M. Carrillo (a cura di), *Los consejos de garantía estatutaria*, Madrid, 2009; M.A. Aparicio, *Órganos de garantía estatutaria y tutela de derechos*, in M.A. Aparicio, M. Barceló (a cura di), *Los órganos garantes de la autonomía política*, Barcelona, 2009, 172 ss.

<sup>69</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 262.

<sup>70</sup> Ante-sentenza si vedano le considerazioni "possibiliste" di M.A. Aparicio Pérez, *Los órganos de garantía estatutaria y garantía de derechos*, in M.A. Aparicio, M. Barceló (a cura di), *Los órganos garantes de la autonomía política*, Barcelona, 2009. Post-sentenza la dottrina catalana si è mostrata molto critica rispetto a questo dato: J. Tornos Mas, *El Consejo de Garantías Estatutarias*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, N°. Extra 1, 2010; J. Vintró, *Los dictámenes vinculantes del Consejo de Garantías Estatutarias*, in *ibidem*. Cfr. altra dottrina meno critica: M.A. Cabellos Espiérrez, *La competencia autonómica en materia procesal. Evolución y perspectivas tras las nuevas reformas estatutarias (ponencia)*, in M.A. Aparicio, M. Barceló (a cura di), *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Barcelona, 2010; Pisarello Prados, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit.

<sup>71</sup> Cfr. Cabellos Espiérrez, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 160 e Carrillo, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 166.

<sup>72</sup> J. Vintró, *La exclusividad del Síndic de Greuges*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, N°. Extra 1/2010, 195.

<sup>73</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 289.

escamotage per non riconoscerli)<sup>74</sup>. Il problema è che di una legislazione processuale analoga – come dei tentativi di riforma costituzionale in senso federale dell'ordinamento territoriale – non vi è stata traccia in Spagna. In questo modo, i diritti statutari sono rimasti a metà del guado: riconosciuti – con tutti i limiti visti – come diritti, ma impossibili da garantire in (quasi) qualsiasi forma. Poco valore assumono così le aperture del *Tribunal* all'esistenza e alla legittimità della seconda e terza interazione, ossia all'ampiamiento dei diritti costituzionali e alla creazione di nuovi diritti.

In questo modo, se qualche timida apertura può essersi avuta in relazione alla natura di diritti soggettivi dei diritti statutari, «vista la sentencia en su conjunto, e incluyendo lo que ha dispuesto sobre el dictamen vinculante del Consejo de Garantías Estatutarias o sobre la tutela judicial de los derechos estatutarios, la prevención hacia los derechos estatutarios aumente»<sup>75</sup>. La posizione del *Tribunal* appare infatti fortemente restrittiva, anche se non risolutiva<sup>76</sup>: in tal senso, passato il periodo di staticità degli Statuti, legato alle spinte centraliste durante la crisi economica, potrebbe forse riprendere l'afflato federalizzante delle C.A. e chiarirsi la giurisprudenza del *Tribunal*.

Da questo punto di vista rileva la struttura simbolica (ma non solo) dello Statuto della Canarie, che ripropone certi diritti espressamente non come principi e presenta una struttura speculare a quella della Costituzione rispetto alla disciplina diritti-principi. In tal senso serve anche rilevare come fra le garanzie dei diritti, poste alla fine del Capitolo II, titolo I, St. Can., l'art. art. 36 St. Can. enunci:

Los actos que vulneren los derechos reconocidos en el presente título podrán serán objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado. 3. Sin perjuicio de las garantías constitucionales, toda persona podrá dirigirse a la Diputación del Común [disciplinata dall'art. 57 St. Can.] en defensa de sus derechos por las posibles lesiones imputables a las administraciones públicas de Canarias (art. 36 St. Can.).

#### 4. Conclusioni: il *Tribunal*, i diritti statutari e il modello di stato territoriale

Le conclusioni che si possono trarre da questa ricognizione sul ruolo e sui limiti sistemici ai diritti statutari nella posizione interpretativa del *Tribunal* sono molteplici. Il sistema costruito dal Tribunale sembra collocarsi ancora in un livello intermedio di federalizzazione, che consente sì una valenza giuridica dei diritti statutari, ma nello stesso momento li deprime, da ultimo, di qualsiasi forma di

<sup>74</sup> Auer, Malinverni, Hottelier, *Droit constitutionnel*, cit., vol. I, 38; O. van der Noot, *Subnational Constitutions: The Belgian Case in the Light of the Swiss Experience*, in *Perspectives on federalism*, 2/2014, www.on-federalism.eu, 281-282. Cfr. Martenet, *L'autonomie constitutionnelle*, cit., 421-422. Cfr. sull'interpretazione accentratrice del Tribunale federale svizzero: M. Hottelier, *Le nouveau fédéralisme judiciaire aux Etats-Unis: un modèle pour la Suisse?*, in A. Auer, P. Zen-Ruffinen (a cura di), *De la constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Basel, 1996.

<sup>75</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 294.

<sup>76</sup> La non chiarezza in determinati passaggi è evidente alla dottrina che ha cercato di svolgere un'opera ricostruttiva, in attesa di una esegesi da parte della corte: Barceló i Serramalera, *Los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional*, cit., 86.

giustiziabilità in concreto, nonché di una reale portata di diritti soggettivi. Certo da questa prospettiva, perlomeno, l'apertura della possibilità di avere diritti soggettivi<sup>77</sup> negli Statuti potrebbe rappresentare uno spiraglio per le eventuali future decisioni del *Tribunal*<sup>78</sup>, ma ad ora niente di nuovo appare all'orizzonte. Questo *vulnus* fa sì che i diritti statutari siano solo vincolo 'morale' per il legislatore regionale e non si abbia alcuna forma di controllo sulla loro effettività, per cui essi finiscono per assomigliare a quelle mere dichiarazioni di principio a cui sono stati ricondotti i diritti negli Statuti italiani dalla Corte costituzionale<sup>79</sup>. In questa prospettiva, se il sistema di 'giustizia costituzionale' catalano – come quelli pensati dalle regioni italiane<sup>80</sup> – rappresentava una forma di 'pericolosa' concorrenza per il ruolo del *Tribunal* nella tutela dei diritti, l'assenza di una forma di giustiziabilità dei diritti statutari – non si ha conoscenza di casi in cui siano stati usati come parametri per valutare la legittimità (statutaria) delle leggi regionali – finisce per relegarli a un valore di mero dato di cultura 'pre-giuridica'. Così l'inserimento degli stessi negli Statuti o in 'carte' esterne, come nel caso della Navarra, non sembra assumere alcuna differenza sul piano legale.

In questo modo, il *Tribunal*, pur salvando la possibilità di 'estensione' dei diritti costituzionali e la creazione di nuovi diritti, soprattutto nel campo dei diritti sociali, e pur non rilevando in ciò una violazione del principio di uguaglianza, ha nelle sue decisioni sostanzialmente 'svuotato' la portata dei *derechos estatutarios*. È mancato, infatti, quel riconoscimento che permetta ai diritti statutari di assumere un qualche ruolo nel sistema costituzionale. Il *Tribunal* ha così sancito la natura regionale<sup>81</sup> – in questa prospettiva – del sistema *autonómico* spagnolo, finendo per confermare un'impostazione molto più simile a quella del regionalismo italiano che a quella di un regime federale 'avanzato': si tratta di quel fenomeno che è stato definito un "constitutionalism without constitution": a sort of constitutionalism embedded in charters but lacking (at least formally) in constitutional status"<sup>82</sup>.

L'unico significato<sup>83</sup> che assumono, dunque, nel loro valore giuridico, i diritti statutari è quello di simboli di un'alterità di una C.A. rispetto ai valori riconosciuti come comuni dal resto della Spagna. Certamente, tuttavia, la "terza generazione" di Statuti, di cui le Canarie rappresentano forse la prima avanguardia, potrebbe rilanciare la sfida al *Tribunal* o, perlomeno, portarlo a elaborare una chiara dottrina

<sup>77</sup> Castellà Andreu, *Derechos en la STC 31/2010*, cit., 276.

<sup>78</sup> Cfr. Cabellos Espiérrez, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 155; R. Tur Ausina, E. Álvarez Conde, *Las consecuencias jurídicas de la Sentencia 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La Sentencia de la Perfecta Libertad*, Madrid, 2010, 177 e ss.

<sup>79</sup> Cfr. Corte Cost. 372, 378 e 379/2004; E. Rossi, *Derechos de libertad y Estatutos regionales. La situación italiana*, in M.A. Aparicio, J.M. Castellà, E. Expósito (a cura di), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Barcelona, 2005.

<sup>80</sup> Sulle forme di garanzia *ex pluribus*: A. Cardone, *Gli organi di garanzia statutaria tra suggestioni del diritto comparato, "paletti" della Corte costituzionale ed apodittiche ricostruzioni del sistema delle fonti*, in M. Carli, G. Carpani, A. Siniscalchi, *I Nuovi Statuti Delle Regioni Ordinarie*, Bologna, 2006.

<sup>81</sup> Cfr. Pisarello Prados, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 173 e 178.

<sup>82</sup> Delledonne, Martinico, *Legal Conflict*, cit., 906.

<sup>83</sup> Cfr. Castellà Andreu, *Valores, principios y derechos estatutarios*, cit.

del rapporto dei diritti statuari<sup>84</sup>, rispetto alle quattro interazioni possibili, con i diritti iscritti nella Costituzione spagnola<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Forse la STC 31/2010, come rilevato in relazione al diritto fondamentale all'educazione e all'art. 21 St. Cat., ha perso l'occasione «para llevar a cabo una interpretación más ambiciosa sobre el alcance de los preceptos constitucionales, a raíz de la modificación del bloque de la constitucionalidad operada por la reforma estatutaria catalana». Carrillo, *Derechos y garantías jurisdiccionales*, cit., 166.

<sup>85</sup> Le corti negli stati regionali (Italia e Spagna), «have only postponed the constitutional conflicts that might arise between the regional cultural statements contained in the Statuti/Estatutos and the National Constitution». Delledonne, Martinico, *Legal Conflict*, cit., 912.

# *Legal Polycentricity*, intergiuridicità e dimensioni “intersistemiche” dell’interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese *Akhter v. Khan*

di Paola Parolari

**Abstract:** Legal Polycentricity, interlegality, and “inter-systemic” dimensions of judicial interpretation. Reflections starting from the English case *Akhter v. Khan* – The paper aims to point out the inter-systemic character of judicial interpretation in contexts of legal polycentricity and interlegality, focusing on the interaction between domestic law, international fundamental rights law, and minority legal orders. Through the paradigmatic case *Akhter v. Khan*, it shows, on the one hand, how international fundamental rights law can lead national judges to take into account minority legal orders; on the other, how this attitude of national judges can, in turn, push for the attribution of new, unexpected and sometimes controversial meanings to both national and international legal sources.

2109

**Keywords:** Legal polycentricity; Interlegality; Judicial interpretation; Fundamental rights; Minority legal orders.

## 1. L’interpretazione giudiziale tra *legal polycentricity* e intergiuridicità

In un mondo sempre più globalizzato e frammentato al tempo stesso, i giudici nazionali devono spesso districarsi tra una pluralità policentrica di fonti del diritto di diversa natura e origine. Oltre ovviamente al diritto interno, giocano un ruolo particolarmente importante le fonti del diritto internazionale in materia di diritti fondamentali, a cui le carte costituzionali di molti stati rinviano esplicitamente. Spesso più sommersa, indiretta e “non ufficiale”<sup>1</sup> – ma non per questo necessariamente meno significativa – è inoltre l’influenza di norme giuridiche consuetudinarie e/o di ispirazione religiosa alle quali si conformano alcuni gruppi insediatisi sul territorio dello stato a seguito di flussi migratori

---

• Una prima versione di questo articolo è stata presentata durante la *ICON-S Italian Chapter Inaugural Conference*, Roma 22-23 novembre 2018, nell’ambito del Workshop “Unità e frammentazione territoriale e sociale e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali”.

<sup>1</sup> L’analisi che segue si concentra sui contesti di immigrazione negli stati europei (e, in particolare, in Inghilterra). Non considera, invece, gli stati (non pochi, in realtà, fuori dall’Europa) in cui sono state istituite forme di pluralismo giuridico nelle quali i sistemi giuridici di alcune minoranze sono formalmente riconosciuti come diritto applicabile, secondo specifici criteri di ripartizione di competenze *ratione personae* e/o *ratione materiae*. Le questioni che si pongono in questi casi sono di grande interesse, ma inevitabilmente differenti da quelle prese in esame in questa sede.

(«minority legal orders»<sup>2</sup>). Queste diverse fonti del diritto<sup>3</sup> non si limitano a coesistere, ma si sovrappongono, si intersecano ed interagiscono tra loro nell'ambito di quel fenomeno che Boaventura de Sousa Santos ha definito intergiuridicità (*interlegality*)<sup>4</sup>.

In questo contesto, fonti riconducibili a spazi giuridici diversi influenzano sempre più spesso le une l'interpretazione delle altre. A prescindere dal fatto che esistano o meno forme esplicite di rinvio e riconoscimento reciproco tra questi spazi, infatti, l'interpretazione giudiziale attraversa le linee di demarcazione che li separano, assumendo una dimensione "intersistemica" che contribuisce a mettere in discussione non solo la tradizionale teoria dei rapporti tra (le fonti di) ordinamenti giuridici diversi, ma anche la stessa nozione di ordinamento giuridico (inteso come insieme dinamico di norme caratterizzato da autonomia ed esclusività<sup>5</sup> o, secondo una prospettiva diversa ma complementare, da unità, coerenza e completezza<sup>6</sup>).

L'osservazione delle pratiche giudiziali dell'interpretazione giuridica suggerisce, inoltre, l'opportunità di riconsiderare l'attuale tendenza a tenere separata l'analisi dei rapporti del diritto nazionale con il diritto internazionale dei diritti fondamentali, da una parte, e con i «minority legal orders», dall'altra<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> M. Malik, *Minority Legal Orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law*, London, 2012.

<sup>3</sup> Sebbene il presente lavoro si concentri esclusivamente sul diritto internazionale dei diritti fondamentali e sui «minority legal orders», l'uno e gli altri non esauriscono, ovviamente, le forme di diritto non statale che possono interagire tra loro e interferire con il diritto statale: basti pensare, ad esempio, al diritto transnazionale e alla nuova *lex mercatoria*.

<sup>4</sup> Scrive B.S. Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in 14 *J. Law & Soc.*, 288 (1987): «[...] socio-legal life is constituted by different legal spaces operating simultaneously on different scales and from different interpretive standpoints. So much is this so that in phenomenological terms and as a result of interaction and intersection among legal spaces one cannot properly speak of law and legality but rather of interlaw and interlegality. More important than the identification of the different legal orders is the tracing of the complex and changing relations among them». Nella letteratura italiana il termine inglese 'interlegality' è spesso tradotto con 'interlegalità', e io stessa ho usato questa traduzione in alcuni miei lavori precedenti. Nondimeno, mi sono col tempo convinta che il termine 'intergiuridicità' traduca più fedelmente l'inglese 'interlegality'. Per questo ho deciso di utilizzarlo in questo lavoro. Ringrazio Luca Baccelli e Tecla Mazzaresse per aver rafforzato la mia intuizione su questo punto.

<sup>5</sup> Si veda, a questo proposito, G. Itzcovich, *Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts*, in 18 *ELJ*, 360-369 (2012).

<sup>6</sup> N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960. Proprio a partire da questa caratterizzazione della nozione di ordinamento giuridico muovono le osservazioni di T. Mazzaresse, *Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale*, in 8 *Diritto & questioni pubbliche*, 93-95 (2008), sui termini in cui «le più recenti innovazioni del e nel diritto positivo» in atto «nello spazio giuridico globale» mettono in questione «l'unità e l'identità degli ordinamenti» (corsivo nel testo). Si veda inoltre, più di recente, T. Mazzaresse, *Le sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e il disordine delle fonti del Diritto*, in 17 *Diritto & questioni pubbliche*, 116-120 (2017).

<sup>7</sup> Questa tendenza sembra ancora prevalente nella letteratura filosofico-giuridica, seppure con interessanti eccezioni: si veda, in particolare, W. Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, 2009; ma si veda anche, ad esempio, il recentissimo saggio di A. Facchi, *Traditional Local Justice, Women's Rights, and the Rule of Law: A Pluralistic Framework*, in 32 *Ratio Juris*, 210 ss. (2019). Gli studi socio-antropologici, invece, ormai da tempo si occupano dei termini in cui «human rights encounter legal pluralism»: per una sistematizzazione delle diverse linee di ricerca affermatesi in quest'ambito si veda, in particolare, G. Corradi, *Introduction. Human Rights and Legal Pluralism: Four Research Agendas*,

Queste due dimensioni dell’intergiuridicità possono infatti interagire tra loro in un processo circolare di influenza reciproca tra tutti gli spazi giuridici coinvolti.

In questa prospettiva, si intende mettere in evidenza, in particolare: da un lato, come le norme (di diritto internazionale) in materia di diritti fondamentali possano influenzare il modo in cui i giudici nazionali si rapportano ai «minority legal orders» (§ 3); dall’altro, come questi ultimi possano interferire non solo con l’obbligo dei giudici di interpretare il diritto interno in conformità al diritto internazionale ma anche con l’interpretazione del diritto internazionale stesso, costituendo uno stimolo ad attribuire, tanto alle fonti nazionali quanto a quelle internazionali, significati nuovi, inattesi e talvolta controversi (§ 4). La riflessione teorica prenderà spunto dall’analisi del caso inglese *Akhter v. Khan* (2018)<sup>8</sup>: è opportuno, quindi, offrirne preliminarmente una sintetica ricostruzione (§ 2).

## 2. Il caso *Akhter v. Khan* e l’interpretazione del *Matrimonial Causes Act 1973*

Nel dicembre 1998, Nasreen Akhter e Mohammed Shabaz Khan contraggono matrimonio islamico (*nikah*) a Southall, vicino a Londra. Il matrimonio non viene registrato nei registri di stato civile e alla cerimonia islamica non ne segue una civile<sup>9</sup>. Quello tra Akhter e Khan è quindi un esempio paradigmatico di *nikah-only marriage*<sup>10</sup>. Nel novembre 2016, Akhter si rivolge alla *England and Wales Family Court* per chiedere il divorzio, ma Khan eccepisce l’inesistenza del matrimonio per il diritto inglese. A questa eccezione, la ricorrente oppone il contro-argomento secondo il quale il matrimonio non deve considerarsi inesistente, bensì nullo (*void*) ai sensi dell’art. 11 (a) (iii) del *Matrimonial Causes Act 1973*<sup>11</sup>, in quanto celebrato «in disregard of certain requirements as to the formation of marriage»<sup>12</sup>. La

---

in G. Corradi, E. Brems, M. Goodale (Eds), *Human Rights Encounter Legal Pluralism. Normative and Empirical Approaches*, Oxford and Portland, 2017, 1 ss.

<sup>8</sup> *Akhter v. Khan* [2018] EWFC 54. Per una sintetica ricostruzione del caso e della sentenza si rinvia, ad esempio, a F. Cranmer, *Does an Unregistered Nikah Wedding Give Rise to a Valid Marriage, a Void Marriage or a Non-Marriage?*, in 41 *J. Soc. Wel. & Fam. L.*, 96 ss. (2009).

<sup>9</sup> Le norme sulla celebrazione del matrimonio (in particolare sulle condizioni sostanziali e formali di validità) sono contenute nel *Marriage Act 1949* e successive modificazioni.

<sup>10</sup> La letteratura sui *nikah-only marriages* è ormai corposa in Inghilterra. Si vedano, tra molti altri, R. Akhtar, *Unregistered Muslim Marriages: An Emerging Culture of Celebrating Rites and Conceding Rights*, in J. Miles, P. Mody, R. Probert (Eds), *Marriage Rites and Rights*, Oxford and Portland, 2015, 157 ss.; R. Grillo, *Muslim Families, Politics and the Law. A legal Industry in Multicultural Britain*, Farnham, 2015, 39-57; V. Vora, *Unregistered Muslim Marriages in England and Wales: The Issue of Discrimination Through ‘Non-Marriage’ Declarations*, in Y. Suleiman, P. Anderson (Eds), *Muslims in the UK and Europe II*, Cambridge, 2016, 129 ss.; K. O’Sullivan, L. Jackson, *Muslim marriage (non) recognition: implications and possible solutions*, in 39 *J. Soc. Wel. & Fam. L.*, 22 ss. (2017); R. Probert, A. Saleem, *The Legal Treatment of Islamic Marriage Ceremonies*, in 7 *O.J.L.R.*, 376 ss. (2018). Numerose sono inoltre le campagne di sensibilizzazione che sollecitano le coppie musulmane registrare il proprio matrimonio, prima fra tutte quella promossa da Aina Khan ([www.registerourmarriage.org/](http://www.registerourmarriage.org/)).

<sup>11</sup> Per la verità, la ricorrente propone questo argomento solo in subordine, sostenendo invece, in via principale, che le parti devono considerarsi validamente sposate in ragione dell’istituto della presunzione di matrimonio (*presumption of marriage*). Il giudice esclude tuttavia tale possibilità, per ragioni che sarebbe complicato – e non necessario – ripercorrere in questa sede.

<sup>12</sup> L’art.11 (a) del *Matrimonial Causes Act 1973* stabilisce che un matrimonio è nullo (*void*) quando: «it is not a valid marriage under the provisions of the Marriage Acts 1949 to 1986

questione fondamentale è, quindi, quale statuto giuridico debba essere attribuito, dal punto di vista del diritto inglese, al matrimonio islamico non registrato celebrato tra le parti in Inghilterra<sup>13</sup>.

Sorprendentemente, a dispetto di una giurisprudenza costante secondo la quale un *nikah-only marriage* è un matrimonio inesistente (un *non-marriage*)<sup>14</sup>, il giudice decide che il matrimonio celebrato tra le parti deve qualificarsi come nullo. Nella sentenza si ammette esplicitamente che l'interpretazione dell'art. 11 (a) (iii) del *Matrimonial Causes Act 1973* sulla quale si basa la decisione è abbastanza "elastica" (*flexible*)<sup>15</sup>. È interessante, quindi, vedere quali elementi, di fatto e di diritto, hanno contribuito a determinare la scelta di questa interpretazione a preferenza di altre possibili.

In punto di fatto, il giudice conclude che il matrimonio tra Akhter e Khan è un matrimonio «in every sense save for the issue of legal validity»<sup>16</sup>. Infatti, le parti intendevano sposarsi, non avevano impedimenti sotto il profilo giuridico ed hanno manifestato il proprio consenso durante una cerimonia pubblica officiata da un imam<sup>17</sup>, alla presenza dei testimoni e delle famiglie. Dopo la cerimonia hanno avuto quattro figli, hanno vissuto come marito e moglie per 18 anni e sono stati riconosciuti come tali non solo dalle loro famiglie, dai loro amici e dalla loro comunità, ma anche (probabilmente) da alcune istituzioni pubbliche come scuole, ospedali e fisco<sup>18</sup>. Il giudice ritiene inoltre credibile la ricostruzione della

---

(that is to say where: (i) the parties are within the prohibited degrees of relationship; (ii) either party is under the age of sixteen; or (iii) the parties have intermarried in disregard of certain requirements as to the formation of marriage)».

<sup>13</sup> È bene sottolineare che, a dispetto di come la notizia della decisione sul caso *Akhter v. Khan* è stata riportata dai *media*, non è mai stato in alcun modo in discussione se il matrimonio islamico, in quanto tale, fosse da considerarsi valido da parte del diritto inglese: la risposta a questo quesito sarebbe stata, indubbiamente, negativa. Si noti, inoltre, che il caso *Akhter v. Khan* si colloca al di fuori del campo di applicazione delle norme di diritto internazionale privato. In base al diritto inglese, infatti, si applicano le norme inglesi sia in relazione alla validità del matrimonio celebrato in Inghilterra, sia in merito al rapporto tra coniugi residenti in Inghilterra.

<sup>14</sup> Nel documento della Law Commission, *Getting Married. A scoping Paper*, London, 2015, ix, [www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/12/Getting\\_Married\\_scoping\\_paper.pdf](http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/12/Getting_Married_scoping_paper.pdf), si definisce '*non-marriage*' «a marriage that falls so far outside the provisions of the marriage legislation that is neither a valid nor a void marriage». Quella di *non-marriage* è una categoria di creazione giurisprudenziale. Sulla sua origine ed evoluzione, nonché sugli aspetti problematici legati alla sua definizione e al suo impiego si veda R. Probert, *The Evolving Concept of 'Non-Marriage'*, in 25 *C.F.L.Q.*, 314 ss. (2013). In generale, sono considerati *non-marriages* tutti i *religious-only marriages*, come conferma anche la Law Commission, *Getting Married*, cit, xi.

<sup>15</sup> *Akhter v. Khan*, par. 96. Il giudice precisa, inoltre: «It seems to me that the net effect of my conclusions on the fundamental rights arguments points in favour of an interpretation of section 11 which allows more flexibility. I do not consider that this extension is inconsistent with the wording of the section itself or carries the existing interpretation much further» (*Akhter v. Khan*, par. 91)

<sup>16</sup> *Akhter v. Khan* par. 29.

<sup>17</sup> Va detto, per altro, che questo non è un requisito per la validità del matrimonio secondo il diritto islamico.

<sup>18</sup> *Akhter v. Khan* par. 29. Il giudice evidenzia inoltre che Akhter e Khan sono stati trattati come marito e moglie anche dalle autorità statali degli Emirati Arabi Uniti, dove la coppia ha vissuto per qualche tempo dopo la celebrazione del matrimonio islamico in Inghilterra.



ricorrente, secondo la quale il marito si era inizialmente detto d’accordo a far seguire una cerimonia civile a quella religiosa, ma si è poi ripetutamente rifiutato di procedere in tal senso. Ed è proprio il libero convincimento del giudice in merito a questa “inadempienza” di Khan ad incidere in modo determinante sulla sua decisione. Se infatti le parti avessero consapevolmente scelto di sposarsi soltanto con rito islamico – si spiega nella sentenza – il loro matrimonio sarebbe effettivamente ricaduto al di fuori dell’ambito di applicazione del *Marriage Act 1949* e, di conseguenza, anche dell’articolo 11 (a) (iii) del *Matrimonial Causes Act 1973*<sup>19</sup>.

In punto di diritto, invece, il giudice ritiene che militino in favore della soluzione adottata gli articoli 8 e 12 della Cedu – che sanciscono rispettivamente il diritto alla vita privata e familiare e il diritto al matrimonio – per le ragioni che si prenderanno in esame di seguito (§ 4). Gioca un ruolo importante, inoltre, l’art. 3 della *Convenzione sui diritti dell’infanzia* (ONU, 1989), che stabilisce il principio per cui si deve tenere in considerazione il superiore interesse del minore (*best interest of the child*) in tutte le decisioni che lo riguardano. Come ricorda il giudice, infatti, la Corte Suprema del Regno Unito ha chiarito che l’art. 8 della Cedu deve essere letto attraverso la lente dell’art. 3 della Convenzione ONU<sup>20</sup>.

Ora, il giudice esclude che la propria decisione possa avere valore di precedente: la giurisprudenza è univoca, infatti, nel ritenere che la valutazione circa la nullità o inesistenza di un matrimonio debba essere fatta caso per caso. Nondimeno, nella sentenza traspare – nemmeno troppo tra le righe – che le questioni in gioco vanno ben al di là del caso oggetto di giudizio. Il giudice evidenzia infatti la problematicità insita nel disconoscere qualsiasi rilevanza ai matrimoni celebrati esclusivamente con rito islamico. In particolare, sottolinea come qualificare un *nikah-only marriage* come un *non-marriage* privi – ingiustamente – il soggetto più vulnerabile della coppia delle tutele previste dalla legge inglese in caso di divorzio o di nullità del matrimonio<sup>21</sup>. Nel caso di

---

<sup>19</sup> Sul punto si tornerà più diffusamente al § 4. Si noti, peraltro, che in questo modo il giudice ha attribuito un rilievo centrale all’intenzione delle parti, al contrario di quanto stabilito dalla giurisprudenza precedente secondo la quale la forma deve prevalere sulle intenzioni. Si veda nuovamente, a questo proposito, R. Probert, *The Evolving Concept of ‘Non-Marriage’*, cit., 319-320.

<sup>20</sup> *Akhter v. Khan*, par. 82. Le considerazioni relative alla tutela (dei diritti) dei figli hanno molto peso nella sentenza: è opinione del giudice, infatti, che la decisione sulla nullità/inesistenza del matrimonio sia un’operazione che riguarda anche i figli, se non altro perché il fatto che la madre non possa accedere alle tutele patrimoniali previste in caso di nullità del matrimonio non può che riflettersi negativamente anche su di essi. Per semplicità, comunque, nel proseguo si ometterà di riferire nel dettaglio le argomentazioni relative a questo aspetto, in quanto non dirimenti ai fini della presente analisi.

<sup>21</sup> Si tratta di una questione messa in evidenza anche dal report della Law Commission, *Getting Married*, cit., par. 2.103, nel contesto di una più generale riflessione sull’inadeguatezza dell’attuale normativa inglese in materia di matrimonio: «Society has changed [...], and the legal framework no longer meets the needs of a culturally and ethnically diverse society. [...] It can be no longer be assumed that the vast majority of the population have a shared understanding of what makes a marriage and of the formalities with which they need to comply, and recent case law has exposed the fact that the legal framework is silent on key points relating to the making of marriages». In seguito, il Ministry of Housing, Communities & Local Government, *Integrated communities strategy green paper*, London, 2018, 15, ha affermato che «To challenge the practices that can hinder integration and equal rights, we will: empower marginalised women, including exploring reform of the law on marriage and

inesistenza del matrimonio, infatti, le parti non hanno accesso a specifiche forme di tutela giudiziale in relazione alla ripartizione dei beni patrimoniali e al mantenimento. Secondo il giudice, questo non crea ovviamente alcun problema in casi indiscussi di *non-marriages* – come, ad esempio, quelli celebrati in un film – ma suscita invece grandi perplessità con riferimento a situazioni come quella di Akhter e Khan: situazioni, tutt'altro che rare tra i musulmani residenti in Inghilterra, in cui due persone, sposate secondo le regole del diritto islamico, non solo hanno inteso e vissuto il loro rapporto come un matrimonio ma sono anche state riconosciute e trattate come marito e moglie dalla società e dalle istituzioni. In questi casi, sottolinea il giudice, parlare di *non-marriage* sembra inadatto (*inapt*) e spregiativo (*pejorative*), e per questo mette a disagio (*feels uncomfortable*), oltre a poter risultare offensivo (*insulting*) per i soggetti coinvolti<sup>22</sup>. In altre parole, il giudice muove dalla convinzione che, nella sostanza, un matrimonio islamico non sia “meno matrimonio” di uno celebrato con rito civile soltanto perché non rispetta le forme prescritte dalle leggi inglesi<sup>23</sup>. Come risulterà evidente, queste considerazioni orientano e condizionano in modo decisivo l'attività interpretativa del giudice in punto di diritto.

### **3. La tutela dei diritti fondamentali come stimolo a tener conto dei «minority legal orders»**

La decisione sul caso *Akhter v. Khan* nasce quindi dalla volontà di evitare che il matrimonio islamico celebrato tra le parti in Inghilterra venga completamente disconosciuto dal diritto inglese, in considerazione delle conseguenze negative che ne deriverebbero per la tutela dei diritti fondamentali della moglie (e dei figli).

Il giudice sembra essere consapevole non solo che il diritto inglese coesiste e compete con i «minority legal orders» di diverse minoranze religiose e/o culturali ma anche che l'uno e gli altri interagiscono e si intrecciano per il tramite delle azioni delle persone che si trovano all'intersezione tra essi. Come nella definizione di intergiuridicità proposta da Boaventura de Sousa Santos, infatti, queste persone pensano e agiscono sospese tra «spazi giuridici sovrapposti, compenetrati e mescolati»<sup>24</sup>. Navigano tra sistemi giuridici diversi e mettono in atto diverse e mutevoli “strategie di gestione” della complessità giuridica in cui sono immerse, compiendo anche pratiche di *forum shopping*, alla ricerca, di volta in volta, del modo migliore per regolare i propri rapporti e interessi. Così, anche quando rimangono maggiormente legate alla propria cultura d'origine e alle norme giuridiche che ne sono espressione (cosa che accade con particolare frequenza in ambito di relazioni familiari), non è escluso che decidano poi di

---

religious weddings», e, poco più tardi, il Governo ha dichiarato di voler affidare alla Law Commission l'incarico di elaborare un progetto di riforma della normativa in materia di matrimonio.

<sup>22</sup> *Akhter v. Khan* par. 8.

<sup>23</sup> Per questo ritiene che «Those who have religiously married and have lived for many years, raised families and been treated by the family community and state authorities as married should not have the term non-marriage applied to them» (*Akhter v. Khan*, par. 80).

<sup>24</sup> B.S. Santos, *Law: A Map of Misreading*, cit., 298, traduzione mia.

rivolgersi ai giudici nazionali per risolvere le proprie controversie, come è avvenuto in effetti nel caso *Akhter v. Khan*<sup>25</sup>.

Queste dinamiche determinano inevitabilmente forme di reciproca contaminazione e trasformazione dei diversi spazi giuridici coinvolti, ed è irrilevante, in un contesto simile, che il diritto nazionale non riconosca formalmente i «minority legal orders». I giudici, in Inghilterra come in molti altri paesi europei, si sono già trovati, e continueranno a trovarsi, in situazioni nelle quali le controversie sulle quali sono chiamati a decidere sono inscindibilmente connesse a rapporti istituiti sulla base di norme diverse da quelle del diritto nazionale. Non è possibile, quindi, ignorare l’eventuale ruolo che un determinato «minority legal order» ha svolto nel plasmare le relazioni tra le parti se non a costo di pregiudicare l’effettiva tutela dei loro diritti fondamentali, in violazione tanto del diritto (costituzionale) nazionale quanto di quello internazionale.

In questa prospettiva, casi come *Akhter v. Khan* sollecitano un’attenta riflessione su come il carattere culturalmente connotato del diritto (nazionale) condizioni l’effettiva eguaglianza nella tutela dei diritti fondamentali di soggetti diversi, a seconda delle tradizioni (giuridiche) in conformità alle quali essi hanno orientato le proprie azioni e intessuto le proprie relazioni. Da un lato, infatti, le scelte del legislatore sono inevitabilmente condizionate dalle categorie storiche, epistemologiche ed etiche nelle quali si articola la cultura (giuridica) che esse presuppongono e alle quali rinviano<sup>26</sup>. Dall’altro, allo stesso tempo, sono le definizioni di determinati comportamenti, istituti o rapporti sociali esplicitamente formulate o implicitamente presupposte dal diritto a determinare l’inclusione o, al contrario, l’esclusione di specifiche fattispecie concrete dall’ambito di applicazione

---

<sup>25</sup> È significativo, a questo proposito, che *Akhter* abbia scelto di non rivolgersi ad istituzioni che avrebbero agito sulla base del diritto islamico. In Inghilterra esistono, infatti, i c.d. *sharī’ah councils*: organizzazioni private, non riconosciute dal diritto inglese, che rilasciano certificati di divorzio islamico. La letteratura sull’argomento è ormai sterminata: per un’introduzione al tema e per alcuni riferimenti bibliografici si rinvia a P. Parolari, *Sharī’ah e corti islamiche in Inghilterra tra mito e realtà. Pluralità di ordinamenti giuridici e interlegalità nelle società multireligiose e multiculturali*, in 47 *Mat. stor. cultura giur.*, 157 ss. (2017). La questione degli *sharī’ah councils*, anche ma non solo in connessione con la questione della registrazione del matrimonio islamico, è stata oggetto di diverse indagini da parte delle istituzioni inglesi. In particolare, nel febbraio 2018, è stata pubblicata *The Independent Review Into the Application of Sharia Law in England and Wales*, commissionata dal Secretary of State for the Home Department e redatta da un gruppo di esperti indipendenti coordinati da Mona Siddiqi. Sulla questione specifica del rapporto tra *nikah-only marriages* e *sharī’ah councils* si veda, inoltre, I. Uddin, *Nikah-only Marriages: Causes, Motivations, and Their Impact on Dispute Resolution and Islamic Divorce Proceedings in England and Wales*, in 7 *O.J.L.R.*, 401 ss (2018). *Akhter v. Khan* non è comunque l’unico caso in cui le parti si sono rivolte a giudici inglesi per controversie legate a *nikah-only marriages*. Altri casi concernenti la validità dei *nikah-only marriages*, sono riportati, ad esempio, in R. Probert, *The Evolving Concept of ‘Non-Marriage’*, cit. e Law Commission, *Getting Married*, cit. Su questioni legate al *mahr* (il dono fatto o promesso dal marito alla moglie in occasione del *nikah*, che è parte costitutiva del matrimonio islamico), invece, è di particolare interesse, tra gli altri, il caso *Uddin v. Choudhury*, preso approfonditamente in esame da J. Bowen, *How Could English Courts Recognize Shariah?*, in 7 *U. St. Thomas L.J.*, 411 ss. (2010).

<sup>26</sup> Sul rapporto tra diritto e cultura si veda, *ex multis*, R. Cotterrell, *Comparative Law and Legal Culture*, in M. Reimann, R. Zimmermann (Eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 710 ss.

delle norme che disciplinano la materia<sup>27</sup>: sono i *Marriage Acts*, ad esempio, a stabilire cosa è un matrimonio e cosa non lo è (o, detto altrimenti, il compimento di quale sequenza di atti, da parte di determinati soggetti, ha come effetto la costituzione di un matrimonio valido). Di conseguenza, volutamente o meno, le scelte del legislatore possono pregiudicare il godimento di alcuni diritti da parte di quei soggetti che, in un determinato momento della loro vita, hanno agito sulla base di culture e tradizioni (giuridiche) differenti da quella dominante<sup>28</sup>.

Da qui, a mio avviso, il disagio espresso dal giudice della sentenza *Akhter v. Khan* rispetto ad una possibile interpretazione del diritto nazionale totalmente chiusa a forme di matrimonio che, sebbene diverse da quelle in esso previste, appaiono altrettanto bisognose (e forse, si potrebbe azzardare, meritevoli) di tutela.

Sotto questo profilo, si rivela necessario riflettere anche sul rapporto tra il diritto, i suoi interpreti e la loro cultura. Così come il legislatore, infatti, anche l'interprete si pone sempre di fronte alle fonti normative partendo dal punto di vista particolare della propria cultura (giuridica) e, quando svolge l'attività interpretativa, ha già delle aspettative circa ciò che il diritto dice o può voler dire, in ragione di quella che i filosofi del diritto di indirizzo ermeneutico definirebbero «precomprensione»<sup>29</sup>. Nondimeno, il carattere culturalmente connotato del diritto non esclude che, in alcuni casi ed entro certi limiti, si possa fare spazio al riconoscimento della diversità culturale prestando attenzione a quali significati, tra quelli ascrivibili ad una disposizione normativa, consentano una tutela più ampia dei diritti di quelle persone che si riconoscono in culture e tradizioni (giuridiche) differenti. A tal fine, è però necessario che i giudici utilizzino il margine di discrezionalità che sempre caratterizza l'interpretazione delle fonti del diritto in una chiave «sensibile alla cultura»<sup>30</sup>, rimettendo in discussione quello che Alison Renteln ha definito «paradigma monoculturale»<sup>31</sup> del diritto.

#### 4. I «minority legal orders» come stimolo alla risignificazione delle fonti del diritto interno e internazionale

Sollecitata dall'esigenza di tutelare diritti fondamentali sanciti a livello (inter)nazionale, l'attenzione per i «minority legal orders» retroagisce al tempo stesso su come tali diritti sono intesi, nonché sul modo in cui sono interpretate le

---

<sup>27</sup> Si tratta, niente più e niente meno, della questione del carattere costitutivo del linguaggio giuridico.

<sup>28</sup> Per qualche esempio (relativo proprio alla nozione di famiglia) si rinvia a P. Parolari, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, 2016, 141-144.

<sup>29</sup> Sul modo in cui l'ermeneutica giuridica affronta il tema del rapporto tra cultura, diritto e interpretazione si vedano, ad esempio, B. Pastore, *Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale*, in 1 *Ars Interpretandi*, 41 ss. (2012); G. Zaccaria, *Pluralismo, ermeneutica, multiculturalismo: una triade concettuale*, in 31 *Ragion pratica*, 559 ss. (2008).

<sup>30</sup> B. Pastore, *Lo spazio del riconoscimento. Identità culturali e sfera pubblica*, in T. Mazzarese (Ed), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, 2013, 115 ss.

<sup>31</sup> A.D. Renteln, *The Cultural Defense: Challenging the Monocultural Paradigm*, in M.-C. Foblets, J.-F. Gaudreault-Desbiens, A.D. Renteln (Eds), *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, Bruxelles, 791 ss.

disposizioni che li sanciscono o che ne determinano le modalità di attuazione e di esercizio.

Nel caso *Akhter v. Khan*, come si è anticipato, l’articolo 11 (a) (iii) del *Matrimonial Causes Act 1973* è stato interpretato alla luce degli articoli 8 e 12 della Cedu. Nell’argomentazione del giudice ha svolto quindi un ruolo fondamentale la tecnica dell’interpretazione conforme. Questo di per sé non stupisce: tale tecnica è ormai stabilmente e pervasivamente utilizzata dai giuristi in generale, e dai giudici in particolare, anche perché trova fondamento esplicito nel diritto interno di molti stati. In particolare, nel caso di specie, l’obbligo di interpretazione conforme alla Cedu è sancito dall’articolo 3 dello *Human Rights Act 1998*<sup>32</sup>. Nondimeno, è significativo osservare in che modo le norme di diritto internazionale vengono ricostruite e utilizzate dal giudice. È evidente, infatti, che ad essere interpretata non è solo la disposizione normativa alla quale si intende attribuire significato nel caso specifico ma anche, necessariamente, la disposizione normativa dalla quale si ricava la norma che si assume a parametro di riferimento.

È interessante, in particolare, il modo in cui viene interpretato l’articolo 8 della Cedu sul diritto alla vita privata e familiare. Il giudice è consapevole che, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, questo articolo non può essere inteso nel senso di imporre agli stati l’obbligo di riconoscere i matrimoni religiosi o di stabilire regole speciali per determinate categorie di coppie non sposate<sup>33</sup>. Nondimeno, si dice convinto che esso supporti la scelta di qualificare il matrimonio come nullo, anziché inesistente, in quei casi in cui le parti hanno provato a porre in essere un matrimonio civile o intendevano farlo (*sought to effect or intended to effect a legal marriage*)<sup>34</sup>. In particolare, il giudice si dice convinto che quando un’autorità pubblica, quale è una corte, utilizza un termine negativo e potenzialmente offensivo come *non-marriage* al di fuori dei casi in cui è totalmente e indiscutibilmente escluso che le parti intendessero sposarsi, rischia di compiere un’indebita ingerenza nel diritto alla vita familiare dei soggetti coinvolti. Secondo il giudice, quindi, può essere considerato come un’indebita ingerenza non solo ciò che ostacola la libera scelta di modelli di vita familiare diversi da quello *mainstream*, ma anche una decisione giudiziale che svilisca il significato e il valore di un matrimonio conforme al diritto islamico solo perché non soddisfa i requisiti formali previsti dalla legge inglese. Questa definizione della nozione di ingerenza mi pare però peculiare e innovativa rispetto alla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ancor più interessante, poi, è il modo in cui il giudice interpreta e utilizza l’articolo 12 della Cedu sul diritto al matrimonio. Da un lato, infatti, non mette in alcun modo in discussione che sia prerogativa dello stato stabilire i termini in cui

---

<sup>32</sup> *Human Rights Act 1998*: “Section 3 – Interpretation of legislation – (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”. Fermo restando che la modifica della legge è prerogativa del Parlamento e che il giudice non può aggirare questa riserva con una “interpretazione creativa” (*Akhter v. Khan* par. 60).

<sup>33</sup> *Akhter v. Khan* par. 79.

<sup>34</sup> *Akhter v. Khan* par. 80. In questo caso mi pare che ‘legal’ vada inteso come contrapposto a ‘religious’, per questo ho ritenuto di tradurlo con ‘civile’.

il diritto al matrimonio si esercita a livello nazionale, e ribadisce che l'art. 12 della Cedu non determina alcun diritto a non vedere qualificata la propria situazione come un *non-marriage*<sup>35</sup>. Dall'altro, tuttavia, ritiene che, se il matrimonio tra Akhter e Khan venisse considerato inesistente, si configurerebbe una violazione dell'art. 12 Cedu (non tanto da parte dello stato quanto) da parte dello stesso Khan. Tale articolo, infatti, non produce solo effetti verticali, ma anche orizzontali, facendo sorgere obblighi direttamente nei rapporti tra privati. È in questa prospettiva che, come si è anticipato (§ 2), il giudice attribuisce un ruolo chiave alla responsabilità del marito nel non aver voluto procedere al matrimonio civile dopo quello religioso: a suo avviso, infatti, rifiutandosi di sposare civilmente Akhter in spregio dell'impegno preso, Khan ha violato il diritto al matrimonio di quest'ultima. D'altra parte, una volta che Akhter «had embarked *in the process*»<sup>36</sup> – una volta, cioè, che il matrimonio islamico è stato celebrato e consumato – lei non poteva più tirarsi indietro: di conseguenza, se ora il matrimonio venisse qualificato come inesistente, resterebbe priva di qualsiasi tutela in base al diritto inglese. Ciò posto, il giudice ritiene che sia suo dovere, in quanto istituzione dello stato, tener conto di questi aspetti e intervenire a garanzia dell'effettiva tutela del diritto al matrimonio della ricorrente. A tal fine, si richiama quindi alla massima di *Equity* secondo la quale «equity treats as done that [...] which ought to be done and [...] focuses on intent not form»<sup>37</sup>.

Ora, a prescindere da ogni altra possibile considerazione<sup>38</sup>, anche in questo caso l'interpretazione della Cedu proposta dal giudice appare, quanto meno, abbastanza libera. Di solito, infatti, quando si parla di effetti orizzontali dell'art. 12

---

<sup>35</sup> Si noti, a questo proposito, che il giudice respinge l'argomento della ricorrente secondo il quale ci sarebbe una violazione dell'art. 6 Cedu, dovuto all'impossibilità di agire in giudizio per ottenere *financial remedies* nel caso in cui si ritenesse che il suo è un *non-marriage*: "It is not asserted that there is discrimination in relation to the right to marry and it is accepted that the right to marry does not carry with it a right to divorce still less a right to nullity or a right not to be characterised as being in a non-marriage. The ability to mount a financial remedy claim ultimately derives from this categorisation. The substantive law of financial remedy is therefore accessible without discrimination but is dependent upon status" (*Akhter v. Khan* par. 77). Analogamente, il giudice respinge l'argomento secondo il quale la qualifica di *non-marriage*, escludendo i *financial remedies* riservati ai coniugi (50% share) viola l'art. 1 del Protocollo 1 della Cedu (diritto di proprietà), perché l'esistenza di tale diritto dipende proprio dall'esistenza di un matrimonio, sia esso valido o nullo (*Akhter v. Khan* par. 88).

<sup>36</sup> *Akhter v. Khan* par. 83, corsivo mio.

<sup>37</sup> *Akhter v. Khan* par. 83. In conclusione quindi, a suo avviso, «Article 12 ECHR on a horizontal effect basis together with general principles of fairness or equitable principles support the proposition that if the parties had agreed to or it was their joint understanding that they would engage in a process which would ultimately lead to a legally valid marriage means that should be taken into account in determining whether took place falls within or without the parameters of section 11» (*Akhter v. Khan* par. 93 lett. c, corsivo mio).

<sup>38</sup> Ci sono infatti almeno altre due questioni che sarebbe interessante approfondire. La prima riguarda il modo in cui il giudice individua nei principi di *Equity* lo strumento attraverso il quale lo stato può far fronte al proprio dovere di porre rimedio alla supposta violazione dell'art. 12 Cedu da parte di Khan. La seconda, e ancor più importante, riguarda invece come il giudice possa considerare la totale mancanza di una cerimonia civile alla stregua di un'ipotesi di matrimonio celebrato «in disregard of certain requirements as to the formation of marriage», facendo ricorso ad un concetto del tutto inedito di «process of marrying». A suo avviso, infatti: «When considering the question of a marriage the court should be able to take a *holistic view of a process rather than a single ceremony*» (*Akhter v. Khan*, par. 94 lett. a, corsivi miei).

si fa riferimento alla illegittimità di interferenze nel diritto al matrimonio da parte di soggetti terzi<sup>39</sup>. Che l’ingerenza nel diritto di sposarsi possa essere rinvenuta nel comportamento di uno dei potenziali coniugi è invece non solo inedito, per quanto a mia conoscenza, ma anche problematico: l’art. 12 Cedu tutela, infatti, anche la libertà negativa di non contrarre matrimonio. La scelta di Khan di non procedere al matrimonio civile potrebbe quindi essere anch’essa considerata come l’esercizio di un diritto. Esiste allora un conflitto tra il diritto di Akhter di sposarsi e quello di Khan di non sposarsi, rispetto al quale il giudice avrebbe dovuto operare un bilanciamento (evidenziando, peraltro, anche le condizioni di legittimità della propria ingerenza nel diritto di Khan a non sposarsi). Certamente il giudice ha fatto le proprie valutazioni, privilegiando la tutela del soggetto ritenuto più vulnerabile (in questo caso, la moglie). Tuttavia, di tale bilanciamento – e in verità del conflitto stesso – non c’è traccia esplicita nella sentenza.

Il giudice, quindi, da un lato, utilizza la tecnica dell’interpretazione conforme come strumento di risignificazione del diritto interno, al fine di evitare che la frammentazione giuridica legata alla presenza di minoranze islamiche in Inghilterra possa tradursi nella denegata tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Cedu; dall’altro, nel far questo, finisce di fatto per ridefinire anche il significato delle stesse fonti internazionali dalle quali ricava le norme parametro dell’interpretazione conforme. Non è un caso, in questa prospettiva, che il giudice richiami espressamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo secondo la quale la Cedu è un *living instrument*, passibile di interpretazione evolutiva<sup>40</sup>. In questo modo, il cerchio si chiude, evidenziando tutto il potenziale dirompente e trasformativo della dimensione “intersistemica” dell’interpretazione giudiziale.

## 5. Considerazioni conclusive

La sentenza sul caso *Akhter v. Khan* si presta indubbiamente a diverse letture e si espone potenzialmente a molte critiche. Si può discutere, in particolare, se l’interpretazione delle norme nazionali e internazionali rilevanti operata dal giudice non sia stata davvero troppo elastica, eccedendo i limiti della legittima discrezionalità dell’interprete per sfociare in una forma di “giurisprudenza creativa” e di eccessivo attivismo giudiziale. Certo è che questo caso offre un

<sup>39</sup> Sono illegittime, ad esempio, di disposizioni testamentarie che impongano l’onere di (non) sposarsi, o divieti di sposarsi contenuti in contratti di lavoro, o licenziamenti conseguenti a matrimonio.

<sup>40</sup> È controverso, tuttavia, se la possibilità di un’interpretazione evolutiva della Cedu sia aperta ai giudici nazionali o debba essere considerata una prerogativa esclusiva della Corte di Strasburgo. In particolare, nel contesto inglese, tale apertura sembra contrastare con il c.d. “mirror principle” formulato in *R (Ullah) v. Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, in base al quale: «It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the [ECHR], but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts [...]. The duty of national court is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more but certainly no less». Principio che, tuttavia, sembra rimanere controverso nella stessa giurisprudenza inglese. Sul punto si veda C. Djefal, *Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts*, in H.P. Aust, G. Nolte (Éds), *The interpretation of International Law by Domestic Courts. Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford, 2016, 185-188 ss.

esempio paradigmatico di come, in contesti di *legal polycentricity* caratterizzati da forme pervasive di intergiuridicità, non sia possibile “ragionare per compartimenti stagni”.

Il carattere sempre più “intersistemico” dell’interpretazione giudiziale è, in questo senso, espressione dell’esigenza di armonizzare la pluralità di fonti del diritto applicabili a fattispecie concrete che si pongono all’intersezione tra spazi giuridici diversi. Mentre infatti la politica, molto spesso (e forse, per certi aspetti, comprensibilmente), esita a confrontarsi con il gravoso compito di mettere ordine in questa complessità, i giudici non possono permetterselo.



# Soggetti, forme e strumenti dell'esecuzione delle decisioni costituzionali: l'impatto sulla tutela dei diritti fondamentali

di Elettra Stradella

**Abstract: Subjects, formalities and instruments of the executions of constitutional adjudications: their impact on fundamental rights protection** – The paper focuses on the issue of the execution of the constitutional decisions in a comparative perspective, investigating whether and how the phenomenon would be able to affect the protection of fundamental rights.

**Keywords:** Constitutional courts; Fundamental rights; Judicial review; Compliance; Federalism.

2121

---

## 1. L'esecuzione delle decisioni costituzionali: una possibile definizione

L'interrogativo da cui si sono prese le mosse per avviare la riflessione che ha condotto alla presentazione svolta nell'ambito del primo convegno dell'*Italian Chapter* di ICON-s sta nel comprendere se e come le forme di tutela dei diritti e l'articolazione degli ordinamenti in senso pluralistico siano in grado di incidere sulla definizione degli strumenti dell'esecuzione costituzionale, e, per altro verso, se e come modalità diverse di esecuzione costituzionale possono incidere sulla tutela dei diritti in ordinamenti costituzionali composti.

Se si intraprende la via definitoria, e si cerca di descrivere i contorni del concetto di esecuzione costituzionale, ci si scontra con una geometria variabile della nozione, che non consente di ascriverla esclusivamente ad un settore del diritto, né all'esercizio di un determinato potere, né a specifici contesti ordinamentali.

Non è possibile in questa sede ripercorrere le origini del concetto di esecuzione, che, anche nella prospettiva comparatistica, vanno ricondotte ad una matrice processualciviltistica<sup>1</sup>, ma nell'ambito della giustizia costituzionale

---

• Lo scritto nasce dall'intervento svolto in occasione del primo convegno ICON-s, *Italian Chapter*, svoltosi a Roma il 23-11-2018, all'interno del *panel* coordinato da Angioletta Sperti

<sup>1</sup> Su cui cfr. F. Dal Canto, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002. Sul giudicato civile cfr. S. Menchini, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, II ed. Per una ricostruzione generale dell'esecuzione civile, cfr. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2015, G. A. Micheli, *Esecuzione forzata*, in *Tutela dei diritti* 2910-2969, II ed., in *Commentario del Codice Civile*, Roma, 1964 e A. Crivelli, *La natura e le fonti dell'esecuzione forzata*, in Id. (a cura di), *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Torino, 2012, spec. 27 ss., nonché S. Satta, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963.

L'esecuzione sembra collocarsi in una zona grigia tra l'esecuzione in senso proprio (quella civile, appunto) e quella che può definirsi la *compliance*: essa atterrebbe dunque soprattutto all'osservanza delle decisioni formulate dal giudice costituzionale, che in un sistema costituzionale sembrerebbe però doversi dare quasi per presunta.

Proprio sulla possibilità o meno di presumere l'osservanza si articola il margine di confine tra esecuzione e *compliance*<sup>2</sup>, e la consistenza della citata zona grigia, e nel suo concreto operare si annida la problematicità del tema. Infatti, se è vero che il diritto costituzionale è l'elemento di coesione del sistema, e dunque "il presupposto è che gli organi [...] non solo al diritto prestino osservanza nel loro concreto operare, ma anche – a maggior ragione – obbediscano alle decisioni, che per la riaffermazione del diritto vengono pronunciate, ove esso sia stato violato"<sup>3</sup>, è anche vero che tale presupposto può, in particolari situazioni politico-costituzionali, in presenza di conflitti istituzionali, in fasi di trasformazione materiale profonda della forma di governo e/o di stato, ovvero di modificazione tacita delle stesse, entrare in crisi. Così come è possibile che patologie più latenti del sistema conducano a carenze di *compliance* che possono riguardare tutti i soggetti chiamati a cooperare con il giudice costituzionale nell'attuazione delle sue decisioni: in particolare gli organi titolari della funzione legislativa per un verso, e gli organi giurisdizionali per altro.

L'efficacia vincolante delle decisioni della Corte costituzionale, d'altra parte, è generalmente limitata alle sentenze di incostituzionalità, dunque la necessità di una cooperazione da parte del legislatore si manifesta in particolare per quelle decisioni che comprendono inviti, moniti, quando non vere e proprie "messe in mora" nei confronti di un legislatore inadempiente o disadempiente. Con riguardo a questo tipo di decisioni può manifestarsi l'indifferenza del legislatore. Se si guarda all'ordinamento italiano, sono assai numerosi, com'è noto, i casi in cui il legislatore non ha risposto alle sollecitazioni della Corte costituzionale, e diverse le occasioni nelle quali tale inerzia è stata censurata dalla Corte, sia attraverso ulteriori richiami e ingiunzioni rivolte al legislatore affinché dia corpo alle richieste di ripristino di una piena costituzionalità, sia, quale *extrema ratio*, mediante l'approdo alla dichiarazione di illegittimità costituzionale<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul tema da ultimo cfr. P. Passaglia, *La réception des décisions des juridictions constitutionnelles par les pouvoirs constitués*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), trascrizione riveduta e corretta della lezione tenuta nell'ambito del XXIII<sup>e</sup> Cours international de Justice constitutionnelle, svoltosi ad Aix-en-Provence (8 settembre 2011), che si sofferma proprio sul problema del "recepimento", come questione essenzialmente di *compliance*. Studi specifici sulla *compliance* in termini di accettazione e di livello di legittimazione, quantificabile e misurabile, della Corte (Suprema) si rintracciano nella letteratura statunitense, cfr. J. L. Gibson – G. A. Caldeira – L. K. Spence, *Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court*, in *American Journal of Political Science*, vol. 47, n. 2/2003, 354 ss., e già J. L. Gibson, *Institutional Legitimacy, Procedural Justice and Compliance*, in *Law & Society Review*, vol. 25, n. 3/1991.

<sup>3</sup> Cfr. F. Pierandrei, *Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale". Natura, efficacia, esecuzione*, in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Volume Secondo, Padova, 1957, 350.

<sup>4</sup> Cfr. P. Passaglia, *Le régime de l'exécution des décisions. Une faiblesse (apparente) de la Cour constitutionnelle italienne*, in *Jus Politicum*, n. 22/2019

Certamente l'attività esecutiva nel giudizio costituzionale, dovendo essere esercitata all'interno dell'ordinamento giuridico di diritto pubblico, da parte di un organo (quello che opera il *constitutional review* ed eventuali altre funzioni di giustizia costituzionale, da solo o avvalendosi di altri organi) nei confronti di altri organi, e magari proprio nei confronti di altri organi supremi chiamati all'esercizio del medesimo potere (*lato sensu* inteso), appaia particolarmente discutibile già dal punto di vista teorico e della stessa accettabilità costituzionale, anche qualora non debba necessariamente concretizzarsi "nell'uso della forza, ma possa esplicarsi pure con altri mezzi"<sup>5</sup>. Di recente la stessa Commissione di Venezia ha evidenziato come, benché l'assegnazione del potere di esecuzione delle sue decisioni ad una corte costituzionale possa apparire come un rafforzamento dei poteri e del ruolo istituzionale dell'organo, in realtà l'esclusione dai poteri della stessa della capacità di dare esecuzione ai risultati della propria attività interpretativa e di aggiudicazione sarebbe funzionale a garantirne l'indipendenza, riflettendosi dunque anche sulla tutela costituzionale dei diritti.

## 2. Esecuzione costituzionale e pluralismo territoriale

Il primo dato emergente da un'analisi comparativa è quello del prevalente silenzio, all'interno degli Stati europei, circa le conseguenze derivanti dal mancato rispetto delle decisioni delle Corti costituzionali. Un silenzio che sembra derivare soprattutto dal fatto che nelle democrazie consolidate i problemi di inattuazione delle decisioni costituzionali o, peggio, di vero e proprio rifiuto all'adempimento degli obblighi eventualmente da queste derivanti, rappresentano un fenomeno abbastanza limitato.

Da questo punto di vista è esemplare la scelta adottata nel sistema costituzionale italiano, dove la Costituzione, all'art. 136, si limita a prendere in considerazione le sentenze di incostituzionalità, stabilendo che "la decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali".

Tale disposizione, come attuata dall'art. 30, c. 2, della l. n. 87/1953, comporta che la sentenza che dichiari l'incostituzionalità di una disposizione legislativa debba essere comunicata alle assemblee parlamentari o all'assemblea regionale interessata, affinché adottino le eventuali misure ritenute necessarie da essa conseguenti.

Il fatto che tale comunicazione sia limitata esclusivamente alle sentenze che dichiarano l'incostituzionalità è significativo della considerazione che il legislatore riserva alla questione dell'esecuzione, o meglio della mancata considerazione dell'esecuzione costituzionale come fenomeno generale riguardante la permeabilità dell'ordinamento al diritto e all'interpretazione costituzionali provenienti dal supremo organo di garanzia costituzionale.

La parzialità della disciplina di rango costituzionale e legislativo è accompagnata da una disciplina regolamentare, con riferimento al seguito

---

<sup>5</sup> Cfr. F. Pierandrei, cit., 351

legislativo delle sentenze costituzionali, altrettanto limitata<sup>6</sup>.

Si tratta di previsioni poco efficaci e potenzialmente funzionanti soltanto in un contesto di fisiologica *compliance* e di “leale collaborazione” tra istituzioni politiche e di garanzia, quello in cui, d’altra parte, la regolamentazione dell’attività costituzionale esecutiva sembra in effetti meno necessaria.

Significativa è poi l’assenza (sostanziale) di regolazione sul versante regionale, proprio in considerazione del fatto che, come si dirà, i problemi di mancata esecuzione si presentano in particolare all’interno di ordinamenti caratterizzati da forme più o meno accentuate di pluralismo territoriale. Negli statuti regionali, infatti, non si rintracciano disposizioni relative all’esecuzione delle decisioni della Corte, e anche i regolamenti interni dei Consigli regionali che fanno riferimento all’esecuzione delle decisioni della Corte, prendono in considerazione esclusivamente le sentenze di incostituzionalità<sup>7</sup>.

Come anticipato, il legame tra esecuzione costituzionale e pluralismo territoriale si configura come una relazione diretta, tanto che la disciplina dell’esecuzione sembra riguardare prevalentemente le democrazie federali.

Com’è stato sottolineato<sup>8</sup>, l’insussistenza logica e storica del problema dell’esecuzione delle decisioni costituzionali è prevalentemente legata alla forma unitaria dello Stato, mentre “nei sistemi federali appare invece giustificato parlare della possibilità di una vera e propria “esecuzione” rispetto alle decisioni con cui vengono perseguiti i compiti della giustizia costituzionale attinenti al sindacato delle attività poste in esercizio all’interno degli Stati-membri, e al giudizio delle controversie e dei conflitti fra Stato-centrale e Stati-membri e fra questi ultimi

---

<sup>6</sup> Infatti, l’art. 108 del Regolamento della Camera prevede che le sentenze siano distribuite in aula e inviate alla commissione competente che deve, entro i 30 giorni successivi, esaminare la sentenza ed esprimere un parere sull’eventuale necessità di assumere iniziative legislative che diano seguito alla relativa decisione. Il parere è formulato in un documento che è trasmesso ai Presidenti di Camera e Senato, al Presidente del Consiglio dei ministri e al Presidente della Corte costituzionale. Al di là di questo, null’altro è previsto e soprattutto manca la previsione di qualsivoglia sanzione in caso di inerzia della commissione competente o delle autorità nei confronti delle quali è rivolto il parere della commissione parlamentare. Per quanto riguarda il Senato, l’art. 139 del regolamento parlamentare presenta una portata ancor più circoscritta, in quanto si riferisce, in linea di principio, disciplinando la comunicazione e la trasmissione alla commissione competente, alle sentenze che dichiarano l’incostituzionalità. E’ facoltà del Presidente comunicare alle commissioni sentenze ulteriori per le quali ritenga utile un loro esame. Il parere eventualmente redatto è trasmesso al Governo e comunicato al Presidente della Camera. Si veda sul tema, R. Bin - C. Bergonzini, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in Aa.Vv., «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2007, 218, nonché G. D’Orazio, *Prime osservazioni sull’esercizio della funzione legislativa “conseguenziale” alle decisioni della Corte costituzionale*, in *Archivio giuridico*, 1967, 92 ss.; N. Assini, *Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in *Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, cit., vol. I, 21 ss.; L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento*, Padoue, Cedam, 1987, 117 ss.; A. Ruggeri, *Le attività “conseguenziali” nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988; R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Naples, 2006.

<sup>7</sup> Uniche eccezioni i regolamenti dei consigli regionali della Liguria e del Lazio (articoli 94 e 89), che non operano distinzioni tra i dispositivi delle decisioni, ma prevedono una procedura specifica volta a prendere in esame tutte le sentenze della Corte che interessino direttamente le politiche generali. Si veda sul punto P. Passaglia, op. cit.

<sup>8</sup> Cfr. F. Pierandrei, cit.

reciprocamente. Le corti costituzionali, in questi casi, agirebbero per garantire il dovere federale, posto in capo agli enti territoriali che appartengono alla federazione, di osservare le decisioni dell'organo della giustizia costituzionale»<sup>9</sup>.

Questa riflessione bene emerge con riferimento all'ordinamento tedesco. In Germania, infatti, si rintraccia una tra le pochissime discipline positive dell'istituto dell'esecuzione (l'altra significativa è presente non a caso in Austria)<sup>10</sup>. Una disciplina che, facendo riferimento non soltanto alla facoltà per il Tribunale costituzionale di stabilire nelle sue decisioni chi è chiamato ad eseguirle, ma anche, in singoli casi, di disciplinare “forme e modi dell'esecuzione”, sembrava riferirsi soltanto “alle modalità di realizzazione *fattuale e concreta* del dispositivo, la cui struttura e il cui contenuto *giuridico* tuttavia risultavano predeterminati già *astrattamente* dalla legge”<sup>11</sup>, ma è stata invece interpretata dal *Bundesverfassungsgericht* nel senso di consentire una modulazione degli effetti temporali delle proprie pronunce, al fine di evitare gli effetti aberranti che sarebbero derivati da declaratorie di nullità di norme incostituzionali che non consentissero la temporanea permanenza in vigore delle norme medesime, in particolare nei casi di materie coperte da riserva di legge. A seguito della modifica della legge sul *Bundesverfassungsgericht* adottata nel 1970, nonostante neppure tale fonte disciplinasse condizioni e effetti delle pronunce di incompatibilità con efficacia differita nel tempo, esse sono state e sono numerose soprattutto quando l'incostituzionalità retroattiva produrrebbe danni più ingenti rispetto alla permanenza in vigore (temporanea) della norma illegittima, e quando la soluzione che il giudice costituzionale sarebbe chiamato ad individuare richiederebbe un intervento “legislativo” del giudice, allo stesso non consentito. In tali casi il Tribunale assegna al legislatore, *ex art. 35 BVerfGG*, un termine entro il quale intervenire a “sanare” l'illegittimità costituzionale attraverso l'adozione delle regole mancanti, e può avvalersi di altre istituzioni dell'ordinamento qualora il Parlamento risulti inadempiente<sup>12</sup>.

Se si guarda all'interpretazione che il Tribunale costituzionale federale ha dato dell'art. 35 *BVerfGG*, d'altra parte<sup>13</sup>, pur costruendosi un ruolo di generale

<sup>9</sup> *Ibidem*, 352.

<sup>10</sup> Nella legge del 12 marzo 1951, al § 35, che attribuisce al Tribunale costituzionale federale il compito di indicare, nelle sue decisioni, quale sia il soggetto chiamato alla loro esecuzione, e di regolare di volta in volta le modalità della stessa. Dunque, il Tribunale gode di piena discrezionalità nello stabilire come debba avvenire l'esecuzione, senza essere vincolato al rispetto delle regole stabilite in materia di esecuzione civile, penale e amministrativa, salvo, come la dottrina ha messo in evidenza, il necessario richiamo alle stesse fondato su ragioni di opportunità, cfr. W. Geiger, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951-Kommentar*, Berlin/Frankfurt, 1952, spec. 129-133.

<sup>11</sup> Cfr. F. Pedrini, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, 727 ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Il Tribunale Costituzionale Federale può determinare nella sua decisione l'organo responsabile dell'esecuzione; può inoltre stabilire la forma dell'esecuzione nel caso concreto. Per questo, il Tribunale adotta tutte le disposizioni necessarie per garantire validità alle sue decisioni conclusive del procedimento. La forma, il mezzo e il contenuto delle disposizioni di esecuzione dipendono da un lato dal contenuto sostanziale della decisione che deve eseguirsi e da un altro, dalle concrete relazioni che devono essere armonizzate con la decisione, in

garante dell'esecuzione, e ampliando lo strumentario a tutti i procedimenti dinanzi ad essa pendenti, sembra in qualche modo influenzata dalle tipologie di giudizio che possono essere instaurate di fronte allo stesso. Non pare infatti priva di rilevanza la circostanza per cui il sistema conosce l'istituto della *Verfassungsbeschwerde*, la cui natura richiede necessariamente una regolazione delle forme e delle modalità con cui dare esecuzione alle decisioni in materia di diritti fondamentali. Se è vero infatti che le Corti costituzionali decidono sostanzialmente sempre, o spesso, di diritti, non c'è dubbio che nel momento in cui si pronunciano sui ricorsi diretti, ove questi siano previsti, tendono ad assomigliare molto di più alla giurisdizione ordinaria, soprattutto dal punto di vista formale e processuale.

Tale elemento si incrocia con quello relativo al dispiegarsi del pluralismo territoriale, mostrando come la disciplina positiva dell'esecuzione, benché espressamente o interpretativamente non riservata a determinate tipologie di pronunce (come in Germania, appunto), è rintracciabile prevalentemente in quegli ordinamenti che conoscono l'istituto del ricorso diretto.

L'assenza di previsioni specifiche sul punto nell'ordinamento giuridico italiano sarebbe dunque coerente con tale ricostruzione, e nello stesso senso condurrebbe la lettura della giurisprudenza costituzionale che pone espressamente la questione soltanto in relazione al profilo dei rapporti tra Stato e Regione. Il riferimento va in particolare alla decisione del 2012 nella quale (sent. n. 121/2012) la Corte, giudicando in via principale l'art. 20 del d. l. 98/2011, ha per la prima volta utilizzato il concetto di esecuzione delle proprie decisioni, alle quali sarebbero tenute le singole Regioni per garantire l'attuazione del principio-criterio dell'equilibrio di bilancio. Non è un caso, nella ricostruzione proposta, che il concetto sia formulato e richiamato nell'ambito di una questione che attiene all'inerzia regionale, i poteri sostitutivi del governo, e dunque, più in generale, le relazioni tra Stato e enti territoriali e l'esigenza che questi ultimi non vanifichino, attraverso le loro condotte o astensioni, il perseguimento degli obiettivi politici ed economici definiti dalle istituzioni statali<sup>14</sup>.

Peraltro, anche l'attività della Corte di definizione dei contorni dell'art. 136, c.1, senza espresso riferimento al concetto di esecuzione ma nell'interpretazione del giudicato costituzionale, inteso come violato “non solo quanto il legislatore emana una norma che costituisce una mera riproduzione ma anche se la nuova disciplina mira a perseguire e raggiungere, anche se indirettamente, esiti corrispondenti”, si realizza soprattutto nell'ambito di giudizi in via principale<sup>15</sup>.

---

particolare dal comportamento delle persone, organizzazioni, autorità e organi costituzionali ai quali o contro i quali si dirige la decisione. Il concetto di esecuzione in questo caso “comprende tutti i mezzi necessari per creare quelle situazioni richieste per realizzare il diritto rivelato dal Tribunale Costituzionale Federale” Sentenza BverfGE 68, 132 (140) del 1985. Cfr. G. Naglieri, *Poteri esecutivi nella giurisdizione costituzionale tra garanzia dello stato di diritto e garanzia dei diritti*, in *Cammino diritto*, n. 7/2018, che riprende le considerazioni a cui si consenta di rinviare di E. Stradella, *Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo*, in *Federalismi*, n. 3/2018.

<sup>14</sup> Sulla sentenza cfr. C. Mainardis, *Sull'esecuzione delle sentenze della Corte costituzionale (per mezzo del potere sostitutivo)*, in *Le Regioni*, 2012, 1091 ss.

<sup>15</sup> Si veda anche la sent. n. 250/2017.

L'importanza dell'elemento del pluralismo territoriale per la giustificazione dei pochi casi in cui l'esecuzione delle decisioni costituzionali trova una disciplina nel diritto positivo, si evince poi sicuramente dal caso spagnolo, considerato che una disciplina puntuale arriva in Spagna soltanto a partire dalla legge organica n. 15/2015 (legge *ad hoc*, finalizzata a contrastare le istanze autonomistiche della Catalogna) benché il *recurso de amparo* sia parte del sistema costituzionale fin dalle sue origini<sup>16</sup>.

Il caso della Spagna è particolarmente significativo in quanto la legge n. 15/2015 interviene su tre profili rilevanti delle decisioni: l'esecutività; la notifica; e il regime giuridico da applicarsi alla mancata esecuzione delle stesse<sup>17</sup>.

In particolare la previsione (art. 92, 5° comma) che prevede la possibilità che il TC stabilisca nuove innominate misure cautelari (misure adottate *inaudita altera parte*) per garantire l'effettività delle decisioni dallo stesso adottate in via sospensiva, e accordate, nell'ambito di un determinato processo, al fine di assicurare l'adempimento delle decisioni sospensive stesse, pone evidentemente due problemi significativi dal punto di vista teorico, uno per così dire di ordine soggettivo ed uno oggettivo: quello della legittimazione del TC all'adozione di questo tipo di provvedimenti, e quello del presupposto legittimante la loro adozione.

Tali profili problematici, insieme ad altri, hanno costituito la base per i ricorsi presentati contro la legge n. 15/2015 da parte sia del governo basco sia di quello catalano, i quali hanno ritenuto tale provvedimento in grado di minare alle fondamenta il sistema di giustizia costituzionale voluto dal costituente e coerente con la struttura costituzionale spagnola nel suo complesso.

La sentenza del TC n. 185/2016, d'altra parte, nega l'illegittimità delle previsioni non senza la presenza di opinioni dissenzienti<sup>18</sup>, nelle quali da un lato si ritiene inopportuna l'ampia discrezionalità che la decisione di maggioranza consente ed attribuisce al legislatore nella disciplina del TC, denunciando come la sostanziale abdicazione da parte del giudice costituzionale dell'esercizio delle sue funzioni di custode della Costituzione sia stata guidata da "*implícitas «urgencias de Estado»*"<sup>19</sup>, dall'altro si ritiene che la sentenza sia carente nella valutazione in

---

<sup>16</sup> Per quanto, va riconosciuto, già nel testo originario della LOTC era contenuto, e posto in capo allo stesso giudice costituzionale, un generale potere di stabilire le modalità di esecuzione delle proprie pronunce, *ex art. 92 della ley organica*.

<sup>17</sup> Cfr. M. Almeida Cerredá, *El "nuevo" sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2016, spec. 179 ss., N. Corte Heredero y J. I. Moreno Fernández, *Artículo 80*, in J.J. González Rivas (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010 (La Ley 3713/2011), nonché V. Gimeno Sendra, *Eficacia de las sentencias constitucionales*, *Diario La Ley*, n. 7547/2011, A. Torres Gutiérrez, *Estudio de las recientes reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en España: La LO 12/2015, de 22 de Septiembre, y la LO 15/2015, de 16 de octubre*, in *Civitas Europa*, fasc. 2, n. 35/2015, spec. 289 ss. Si veda poi E. Alvarez Conde, *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional. ¿ Un cambio de modelo de justicia constitucional?*, in *Revista de Derecho Político*, n. 101/2018, 661 ss.

<sup>18</sup> Rese dalla vicepresidente Adela Asua Batarrita, e dei giudici costituzionali Fernando Valdés Dal-Ré e Juan Antonio Xiol Ríos

<sup>19</sup> Cfr. *Voto particular que formula la Magistrada Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad n. 229-2016*, in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

concreto dell'eventuale applicazione delle misure stabilite dalla legge nell'ambito delle vicende catalane.

La stessa mancanza di unanimità, in questa e nell'altra sentenza del TC avente ad oggetto la riforma della LOTC<sup>20</sup>, deriva, almeno in parte, dalla denuncia che alcuni giudici fanno proprio dell'evidente connessione tra le scelte operate dal legislatore organico in sede di riforma, e il processo costituente in atto nella Comunità autonoma catalana.

Una connessione che fa delle scelte in materia di processo costituzionale e disciplina della fase esecutiva un'evidente strumento di centralizzazione del potere, e di controllo sull'estrinsecazione dell'autonomia territoriale, che si esercita attraverso la limitazione dei diritti fondamentali (quali, nel caso di specie, quello protetto dall'art. 23.2 della Costituzione spagnola, secondo il quale i cittadini hanno il diritto di accedere in condizioni di eguaglianza a funzioni e incarichi pubblici, o quello di essere giudicati e sanzionati da organi appartenenti all'autorità giudiziaria, *ex art. 117.3<sup>21</sup>*).

### **3. L'incidenza dell'istituto dell'esecuzione delle decisioni costituzionali sui sistemi di giustizia costituzionale, e, quindi, sulla tutela dei diritti fondamentali**

2128

Proprio il caso spagnolo, che si è appena preso in considerazione, è significativo di come riformare la disciplina dell'organo di giustizia costituzionale inserendo norme espresse sull'esecuzione contribuisca ad alterare profondamente il ruolo, e finanche la natura, del giudice costituzionale.

Se si guarda alla Spagna, infatti, per un verso il TC non è un tribunale ordinario, ma ha l'anima intrinsecamente politica che gli deriva dall'essere il supremo custode, nonché interprete, della Costituzione. Proprio per tale ragione esso normalmente rivolge le sue decisioni ad organi politici, e variamente rappresentativi, come il Parlamento o il Governo, a differenza di quanto fa invece la giurisdizione amministrativa, che si rivolge alla pubblica amministrazione per garantire il rispetto delle leggi. L'introduzione dell'incidente di esecuzione delle sentenze all'interno del processo costituzionale non farebbe che confondere e sovrapporre piani diversi, snaturando le funzioni proprie del giudice costituzionale.

Per altro verso, invece, la riforma, consentendo al TC di attivare procedure di sospensione o sostituzione (art. 92.4 e 92.5, LOTC), gli attribuisce un ruolo riconducibile ad un organo prettamente politico come il Governo, ovvero di controllo politico, come il Parlamento, agendo significativamente sulla separazione dei poteri.

---

<sup>20</sup> Si veda la sent. n. 191/2016 del *Tribunal Constitucional*.

<sup>21</sup> Ai sensi del quale l'esercizio della potestà giurisdizionale in ogni tipo di processo, giudicando e facendo eseguire il giudicato, spetta esclusivamente alle Preture e ai Tribunali determinati dalle leggi, secondo le norme di competenza e procedimento che le stesse stabiliscono. Sul punto cfr. E. Alvarez Conde, *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional. ¿ Un cambio de modelo de justicia constitucional?*, cit., spec. 694.



Questi aspetti mostrano l'esigenza di delineare le relazioni tra tutela dei diritti ed esecuzione costituzionale, in particolare nel quadro del pluralismo territoriale, a partire dall'incidenza dell'istituto dell'esecuzione (delle decisioni costituzionali) sui sistemi di giustizia costituzionale, sia sotto il profilo della costruzione che le Corti costituzionali operano del loro ruolo, sia con riguardo alla collocazione delle Corti all'interno del sistema istituzionale<sup>22</sup>.

Alla luce di tali considerazioni viene certamente da chiedersi se, come e quanto possa incidere invece sui profili segnalati l'assenza di disposizioni di diritto positivo che disciplinino l'esecuzione costituzionale forzata: condizione che, come illustrato, rappresenta la regola nel panorama comparatistico.

Se da un lato può ritenersi che tale assenza sia interpretabile come l'affermazione dell'esistenza implicita e necessaria di un potere di esecuzione delle Corti costituzionali, senza il quale esse non potrebbero nella sostanza ritenersi l'"organo di chiusura" dell'ordinamento nel quale operano, dall'altro tale inferenza potrebbe non risultare necessitata se si considera che il giudice costituzionale è in realtà provvisto di attribuzioni pregnanti come nessun'altro organo nelle democrazie costituzionali (*in primis*, annullare le leggi approvate dall'organo nel quale si dispiega la sovranità popolare, e decidere sulle competenze degli altri poteri dello Stato interpretando le norme costituzionali che le definiscono), e proprio per questo l'ampiezza e, soprattutto, la profondità delle sue attribuzioni devono essere bilanciate con l'assenza di strumenti coattivi per garantire l'esecuzione delle decisioni formulate.

La scelta di non regolare specificamente l'esecuzione costituzionale forzata, dunque, non dovrebbe essere soltanto la conseguenza di una mancata opzione sul punto, o derivare dalla constatazione di come previsioni in merito potrebbero risultare inutili all'interno di un sistema di giustizia costituzionale che non concepisce sentenze di condanna, ma si radicherebbe nell'idea che la forza normativa delle decisioni costituzionali si fonda essenzialmente sulla bontà delle soluzioni individuate e sulla capacità degli argomenti di convincere<sup>23</sup>.

In questo modo, si risolverebbe anche il permanere di una contraddizione di fondo: l'esecuzione delle decisioni costituzionali è una questione molto politica, e per questa ragione non dovrebbe essere posta nella diretta disponibilità delle Corti costituzionali (secondo un'idea già formulata da Montesquieu<sup>24</sup>). Ma proprio perché il problema dell'esecuzione si pone in presenza di una mancanza di

---

<sup>22</sup> Si riprendono a questi fini le considerazioni espresse in E. Stradella, *Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo*, in *Federalismi*, n. 3/2018.

<sup>23</sup> R. Bin, *L'ultima fortezza*, Milano, 1996, 163 ss., che muove dalla riflessione di Hamilton sul potere giudiziario come "*the weakest branch*" dell'ordinamento.

<sup>24</sup> L'idea di Montesquieu, e formulata in quel caso con riferimento al potere in generale dei giudici, non essendo all'epoca ancora presente il concetto e il fenomeno della giustizia costituzionale, si rintraccia già nel suo *L'Esprit des lois*, Vol. I, 22; Montesquieu ricorda che "Non vi sono in ciascuno stato tre poteri; ma si distinguono nella sovranità, cioè a dire nel potere di governare, tre specie di potestà, secondo l'oggetto, sopra di cui il governo si manifesta [...]." Cap. VI, 320. La "natura" dell'esecuzione, dunque, sembra essere propria del sovrano, dovendosi distinguere le funzioni di questo dagli altri poteri, proprio con riferimento all'appartenenza dell'azione all'ambito della volontà, proprio del legislatore, della giurisdizione, proprio dei giudici, e dell'esecuzione, proprio del sovrano.

esecuzione, e dunque di un rifiuto all'esecuzione, assegnare il compito dell'esecuzione al potere esecutivo solleverebbe a sua volta un'altra criticità: nel caso in cui fosse l'Esecutivo ad arrogarsi poteri o violare diritti in contrasto con decisioni costituzionali, è evidente che solo un ruolo anche formalmente forte, ed esecutivo, della Corte costituzionale, potrebbe porre fine alla violazione garantendo il completo ripristino della legalità costituzionale violata; certamente l'attribuzione al governo del ruolo di esecutore delle decisioni costituzionali porrebbe lo stesso nelle condizioni, per un verso, di inefficace custode di sé stesso quando i problemi di *non compliance* riguardino proprio le relazioni tra questo e il giudice costituzionale nella sua qualità di istituzione *counter-majoritarian*; per altro verso, di potenziale *competitor* e antagonista degli stessi giudici ordinari nella tutela dei diritti fondamentali.

Il problema va peraltro affrontato alla luce delle vicende che negli ultimi anni hanno interessato ordinamenti come la Polonia e l'Ungheria, dove, penso soprattutto alla prima, proprio l'organo di giustizia costituzionale ha rappresentato uno dei terreni di conflitto e di conquista per chi tentava il sovvertimento dello stato di diritto<sup>25</sup>. In Polonia la crisi parlamentare segue la crisi della giustizia costituzionale, basti pensare che noncurante della procedura avviata dall'Unione europea ex art. 7, TUE nonché dei pareri espressi dalla Commissione di Venezia proprio sulla controversia avente ad oggetto il Tribunale costituzionale, Governo, Capo dello Stato e maggioranza parlamentare "hanno accentuato, ciascuno nel rispetto scrupoloso del proprio ruolo, l'opera di 'conquista' dell'organo di giustizia costituzionale, al fine di rimuovere un ostacolo, vero o presunto, sul percorso delle restanti scelte politiche"<sup>26</sup>.

Aperto terreno di scontro è quello dell'approvazione delle leggi sulla giustizia costituzionale: in particolare una sull'organizzazione e le modalità di procedimento dinanzi al Tribunale costituzionale, che si occupa della procedura necessaria per la selezione dei candidati tra i quali il Presidente della repubblica nomina il futuro presidente del Tribunale, e un'altra riguardante lo status dei giudici costituzionali la quale, oltre ad alcune previsioni sul conflitto di interessi e la trasparenza, impone ai giudici costituzionali di rassegnare le dimissioni qualora, compiuti i settant'anni di età, non siano in grado di produrre un certificato medico attestante le buone condizioni di salute, in una situazione in cui soltanto giudici eletti prima del 2015 si trovavano nella fascia d'età in questione<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. Sulle prime fasi della crisi costituzionale in Polonia, si vedano gli interventi contenuti in *Verfassungsblog – On Matters Constitutional*, pubblicati in particolare da T.T. Koncewicz, B. Marciniak, A. Radwan, tra il 2015 e il 2016, J. Sawicki, *Un cambio di rotta brusco e inatteso. Le elezioni presidenziali di maggio 2015 come annuncio di una svolta conservatrice in vista delle politiche*, in *Nomos*, n. 3/2015, e C. Tonini, *Il governo della Polonia dopo il voto*, in *il Mulino*, fasc. 1/2016, 154 ss., J. Sawicki, *Polonia: un tentativo di eviscerazione dello stato costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 115 ss., e Id., *Una crisi costituzionale ormai cronicizzata e il suo impatto sulla democrazia in Polonia*, *ibidem*, 799 ss.

<sup>26</sup> Cfr. J. Sawicki, *La conquista della Corte costituzionale ad opera della maggioranza che non si riconosce nella Costituzione*, in *Nomos*, n. 3/2016.

<sup>27</sup> *Ibidem*, si veda sempre Sawicki per la cronaca dettagliata relativa ai tentativi della Corte costituzionale di modificare il proprio regolamento.

La stretta relazione tra assalto all'istituzione di garanzia istituzionale e grave limitazione dei diritti soggettivi da parte di Diritto e Giustizia, partito di maggioranza di Kaczyński, emerge dalla centralità degli scontri in materia di diritti, si pensi in particolare al caso dell'interruzione volontaria di gravidanza e alla libertà di manifestazione.

Esperienze del genere mostrano come la difesa giurisdizionale della Costituzione sia insieme fenomeno ineludibile e spazio di conflitto.

Insomma, se è ormai dato acquisito quello per cui una difesa giurisdizionale della Costituzione è necessaria<sup>28</sup>, è ancora vivo l'interrogativo circa la natura e le fonti della legittimazione di un giudizio che, abilitato a smantellare ciò che l'organo rappresentativo della sovranità popolare ha deliberato, sembra contrastare con la logica e con i presupposti della democrazia, e affanna soprattutto gli ordinamenti appartenenti alla tradizione europea, più legati al principio di supremazia del Parlamento<sup>29</sup>, nonostante proprio in Europa sia stata elaborata una concezione compromissoria della democrazia che richiede e spiega la funzione contromaggioritaria delle Corti<sup>30</sup>. Il conflitto derivante da questo interrogativo irrisolto, o meglio dall'incompiuta, ed incompleta, accettazione della funzione costituzionale antimaggioritaria, non si manifesta soltanto in sistemi *border-line*, ma anche nella fisiopatologia delle democrazie c.d. consolidate, in forme diverse e di diversa intensità: dalla mera contrapposizione argomentativa, al tentativo di incidere sulla composizione delle Corti, anche attraverso riforme del sistema di giustizia costituzionale, fino alla mancata esecuzione delle decisioni, sia in forma passiva (nel senso dell'inerzia nell'esecuzione), sia in forma attiva (attraverso l'approvazione, o meglio la riapprovazione, di disposizioni contrastanti con precedenti pronunce costituzionali).

La questione dell'esecuzione assume un valore particolare nelle democrazie costituzionali che, caratterizzate da Costituzioni assiologiche, anche quando assegnano ad un giudice specifico, quello costituzionale, il compito della loro difesa, immergono il giudice comune in un ecosistema valoriale che gli impone di articolare le proprie decisioni al contesto giuridico-culturale nel quale esse dispiegano i propri effetti. Il legislatore si trova così ad affrontare la competizione da un lato con il giudice comune che, chiamato (anche) ad applicare direttamente la Costituzione, non può limitarsi all'esegesi del testo normativo ma si muove nella discrezionalità che gli residua da valori costituzionali per loro natura comprensivi, nei limiti della creazione, allo stesso inibita, di regole generali ed astratte<sup>31</sup>, dall'altro con il giudice costituzionale, che, "operando *sulla* e non *con la* legge,

---

<sup>28</sup> Si veda da ultimo T. Groppi, *Verso una giustizia costituzionale "mite"? Recenti tendenze dei rapporti tra Corti costituzionali e giudici comuni*, in *Politica del diritto*, n. 2/2002, che sottolinea il generale avanzamento del controllo giurisdizionale sul rispetto della Costituzione, come elemento caratterizzante tutte le democrazie costituzionali, ormai anche quelle rientranti nei sistemi c.d. di *common law*.

<sup>29</sup> *Ibidem*

<sup>30</sup> Cfr. H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 171 ss.;

<sup>31</sup> Cfr. G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, spec. 289.

finisce per determinare, con le sue pronunce, effetti simili a quelli che la legge stessa determina”<sup>32</sup>.

Ma il significato di disciplinare o non disciplinare l’esecuzione, e l’impatto della stessa sulla tutela dei diritti fondamentali, va indagato più in generale alla luce delle considerazioni che già il giudice Jackson svolgeva nella sentenza *Brown v. Allen*<sup>33</sup>. Non solo, come spesso si ricorda, il giudice richiama alla mente dei colleghi che “*we are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”, sembrando ammonirli affinché non perdano consapevolezza della loro fallibilità, ed insieme del loro potere. Ma spiega come il conflitto con le Corti statali sia il risultato inevitabile della possibilità data al condannato di instaurare un nuovo effettivo processo di fronte ad una Corte federale, senza la presenza di una giuria. Ogni qual volta le decisioni assunte da una Corte sono soggette a revisione da parte di un’altra corte, un certo numero di queste decisioni viene inevitabilmente *reversed*, e questo riflette i differenti atteggiamenti, le differenti mentalità, rintracciabili nelle diverse Corti semplicemente perché persone diverse popolano corti diverse. In questa prospettiva, sarebbe evidente che il *reversal* di una corte superiore rispetto alla decisione di una corte inferiore non prova di per sé che sia stata fatta giustizia nell’ultimo grado di giudizio: basti pensare a cosa potrebbe accadere se esistesse una “*super-Supreme Court*”, e a come, molto probabilmente, un numero cospicuo di decisioni della Corte Suprema sarebbero a loro volta *reversed*<sup>34</sup>.

Se, dunque, l’infallibilità delle Corti costituzionali deriva dall’essere ultime, organo di chiusura dell’ordinamento, come si suole dire, elemento che già rende il loro operato così definitivo da far temere l’ulteriore rafforzamento che deriverebbe dall’affidare loro poteri esecutivi, è pur vero che il venir meno dell’esclusività della garanzia costituzionale, sempre più intrecciata con la moltiplicazione delle fonti in materia di diritti che entrano a far parte del diritto domestico, potrebbe favorire i giudici nazionali i quali si relazionano con le corti sovranazionali talvolta escludendo dal circuito argomentativo proprio i tribunali costituzionali<sup>35</sup>. D’altra parte è stato sostenuto che in realtà l’esito della richiamata proliferazione delle sedi giudiziarie, nonché para-giudiziarie, comporterebbe solo apparentemente un ridimensionamento del ruolo delle Corti costituzionali, ma in realtà il loro “trionfo”<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*. E sul punto si vedano i richiami di M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, n. 3/1998, 370 ss.

<sup>33</sup> Cfr. *Brown v. Allen* 344 U.S. 443 (1953). Si vedano le riflessioni di S. Cassese, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, n. 1/2015.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Sul punto, cfr. J. Komárek, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 3/2014, 525 ss., che sottolinea come le Corti costituzionali siano gli organi che più degli altri subiscono l’espansione del diritto europeo e la progressiva erosione degli spazi e delle competenze del diritto e delle istituzioni statuali.

<sup>36</sup> Cfr. M. R. Ferrarese, *Dal “verbo” legislativo a chi dice “l’ultima parola”: le Corti costituzionali e la rete giudiziaria*, in *Annuario di diritto comparato e di studi, legislativi*, Napoli, 2011.

Un trionfo che sembra dimostrato dalle prassi, finanche le più recenti, che descrivono un ruolo pro-attivo dei giudici costituzionali. Gli esempi sarebbero innumerevoli e ampia la dottrina sul tema.

Per limitarsi all'esperienza domestica, si pensi da un lato all'ordinanza relativa al caso c.d. Cappato<sup>37</sup>, nella quale la Corte, indicando al legislatore la strada per "sanare" una disposizione altrimenti destinata all'annullamento, pronostica l'esito di incostituzionalità derivante da un'eventuale inerzia del legislatore, mettendolo in mora, e preannuncia gli effetti di un'esecuzione differita; dall'altro al caso più risalente nel tempo, relativo alla revisione delle sentenze definitive di condanna. In quel caso la Corte costituzionale (sent. n. 129/2008<sup>38</sup>), aveva rivolto al legislatore un "pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU". Nonostante la chiara indicazione fornita dalla Corte, il legislatore è rimasto inerte, determinando il permanere di uno *status quo* caratterizzato dalla presenza di condanne dichiarate contrarie ai diritti fondamentali e nonostante questo non soggette a revisione. Così la Corte, nuovamente investita della questione (sent. n. 113/2011<sup>39</sup>), non ha potuto fare altro che dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando tale revisione fosse risultata necessaria per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, e dunque in base all'art. 46 della Cedu in materia di esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo.

Guardando invece ad un ordinamento che, come si è detto, conosce nel diritto positivo l'istituto dell'esecuzione, sembra particolarmente significativo il caso tedesco relativo al riconoscimento anagrafico dell'identità di genere.

Ci si riferisce alla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco con la quale ha stabilito che prevedere, al momento della registrazione anagrafica, la mera scelta tra le voci "femminile" e "maschile", secondo un sistema binario, e offrire come unica alternativa possibile l'omissione dell'indicazione del sesso (e non, dunque, un'esplicita, per quanto eventualmente aperta, terza denominazione), comportasse una violazione del diritto generale della personalità (derivante dal

---

<sup>37</sup> Si tratta dell'ord. n. 207/2018, sulla quale moltissimi sono i commenti che si sono susseguiti da parte della dottrina, si richiama qui il *Forum* curato da Elena Malfatti per la rivista *Gruppo di Pisa*, n. 1/2019, 155 ss.

<sup>38</sup> Sulla sent. cfr. V. Sciarabba, *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e... legislatore?*, in *Forum Quaderni costituzionali*, e C. Ciuffetti, *Prime osservazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 129 del 2008*, in *Federalismi.it*.

<sup>39</sup> Si vedano, tra gli altri commenti, sulla sentenza, i contributi collegati in *Gli effetti dei "giudicati europei" sul giudicato italiano dopo la sent. n. 113/2011 della Corte costituzionale*. G. Canzio, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, R. E. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011.

combinato disposto dell'art. 2, c. 1 e dell'art. 1, c. 1 del *Grundgesetz* il quale, com'è noto, fonda il sistema nel suo complesso sul principio della dignità umana), nonché del principio di non discriminazione (di cui all'art. 3, c. 3 del GG)<sup>40</sup>. Il Tribunale dichiara quindi incostituzionali le disposizioni della legge sullo stato civile imponendo al legislatore di intervenire entro il 31 dicembre 2018 per rimuovere la discriminazione con le modalità ritenute opportune nell'ambito di un "margine di apprezzamento" che gli avrebbe consentito di eliminare completamente l'iscrizione del sesso nei registri di stato civile, oppure di prevedere la possibilità di indicare, espressamente, l'appartenenza ad un sesso diverso da quello maschile o femminile.

Un primo aspetto rilevante del caso è dato dal fatto che la vicenda giunge di fronte al giudice costituzionale in quanto la donna intersessuale che aveva visto rigettata dai giudici la propria domanda di rettifica anagrafica del sesso femminile indicato alla nascita, si era avvalsa dell'istituto della *Verfassungsbeschwerde*. A conferma della stretta connessione tra potenzialità ed effetti del ricorso diretto per la tutela costituzionale dei diritti fondamentali e disciplina e ruolo costituzionale dell'esecuzione.

Nel dicembre 2018, come richiesto, il *Bundestag* ha approvato la proposta del governo di modifica della legge sullo stato civile prevedendo che sia aggiunto un termine comprensivo, "divers", che consenta ai soggetti che nascono con caratteristiche che non possono essere in via esclusiva attribuite alle definizioni tipiche di maschile e femminile di essere registrati con un termine positivamente individuato e non discriminatorio. Al di là delle criticità che permangono nel sistema (*in primis* il perdurante collegamento tra la "diversa" richiesta di iscrizione anagrafica e la presenza di una condizione patologica, in quanto tale certificabile dal punto di vista medico), e che non possono essere oggetto di questa riflessione, va rilevato il determinante ruolo "normativo" del Tribunale costituzionale, che nella tutela dei diritti diviene indiscusso artefice del *quantum* e del *quomodo*.

In conclusione, ma senza la pretesa di sviluppare considerazioni conclusive, si può evidenziare come la disciplina dell'esecuzione costituzionale, pur conferendo apparentemente alle Corti costituzionali strumenti concreti per rendere effettiva la tutela dei diritti fondamentali, vada "maneggiata con cura", e ponga probabilmente più rischi di delegittimazione dell'operato delle Corti, e di ibridazione di poteri, che non garanzie di maggiore *compliance* all'interno del sistema nei confronti delle decisioni costituzionali.

D'altra parte dove (e ciò avviene, come precisato, nella maggior parte degli ordinamenti) forme e strumenti dell'esecuzione costituzionale non trovano una regolazione espressa, le Corti hanno spesso esercitato il loro ruolo in una dimensione proattiva ed esteso le potenzialità tecniche e politiche del loro giudizio in modo da incidere direttamente sul seguito, sia giudiziario, sia legislativo, delle decisioni.

---

<sup>40</sup> Si tratta della sentenza del 10 ottobre 2017; tra i contributi proposti dalla dottrina si segnala F. Azzarri, *Identità sessuale e stato civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 3/2018.

Le criticità più significative rimangono per i sistemi caratterizzati da un forte decentramento politico territoriale, federali o quasi-federali, dove i diversi livelli di governo, legislativo, ma anche giudiziario, possono entrare in conflitto nell'attuazione dei diritti costituzionali. Il riferimento va inevitabilmente agli Stati Uniti, dove in alcuni casi il conflitto ha condotto alla mancata realizzazione dei diritti, basti pensare allo storico caso *Hawkins*<sup>41</sup>, nel quale la Corte Suprema ordina il *reversal* della sentenza della Corte Suprema statale della Florida affinché il signor Hawkins possa iscriversi alla *Florida School of Law*, ciò che gli era stato negato in considerazione della sua appartenenza “razziale”. L'applicazione al caso della rivoluzionaria sentenza *Brown v. Board of Education*<sup>42</sup> avrebbe imposto alla Corte statale di decidere in ossequio all'*overruling* operato dalla Corte federale rispetto alla questione della segregazione razziale, ma la Corte della Florida non adegua la propria pronuncia a quella della Corte Suprema federale, operandone un'interpretazione particolarmente restrittiva, ed impedendo nei fatti il godimento del diritto e l'attuazione del principio di eguaglianza.

A questo proposito, d'altra parte, occorre tenere presente come la diversa natura del *judicial review of legislation* nel sistema nord-americano comporti un diverso rapporto tra decisioni “costituzionali” della Corte Suprema federale e decisioni delle corti statali, pur in presenza di un precedente che operando verticalmente pone in capo ad essa un ruolo costituzionale comunque unitario nell'interpretazione e nella tutela dei diritti fondamentali.

---

<sup>41</sup> Cfr. *Florida ex. Rel. Hawkins v. Board of Control*, 350 U.S. 413 (1956)

<sup>42</sup> Cfr. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)





# L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei

di *Andrea Carbone*

**Abstract: Article 6 ECHR, administrative procedure and judicial review. Practical differences among the European legal systems** – The application of Article 6 ECHR in administrative law has a preeminent role in the definition of the relationship between the administrative procedure and the subsequent judicial review. Indeed, the ECtHR has widely explained, in its case law, that procedural guarantees can belong to either the administrative phase or the judicial one, as long as a fair determination of the case is guaranteed in its overall consideration. However, this flexible model brings with it a certain degree of uncertainty, and has led to different models of application of the Article 6 ECHR in the different European countries.

**Keywords:** Article 6 ECHR; Right to a fair trial; Administrative procedure; Administrative jurisdiction; Full jurisdiction.

2137

---

## 1. L'art. 6 CEDU e il diritto amministrativo

Nell'iniziare la nostra analisi, non sarà inutile ricordare come, fino a poco tempo fa, il riferimento al diritto europeo nell'ambito del diritto amministrativo rappresentasse, essenzialmente, un riferimento alle norme di matrice comunitaria. Scarsa attenzione era stata invece dedicata, almeno nel nostro ordinamento, alla CEDU, la quale, invero, contiene in sé un nucleo di principi di carattere generale (su tutti, le previsioni contenute nell'art. 6) che, come si vedrà, riveste importanza non indifferente nell'ambito della nostra materia.

Se ciò si è verificato – a differenza di quanto avvenuto in altre branche del diritto, quale, in primo luogo, il diritto penale, pur certo maggiormente influenzato dalle norme europeo-convenzionali – è in ragione di una molteplicità di fattori, che qui non possono che essere sinteticamente accennati.

In primo luogo, non pare irrilevante che il diritto europeo-convenzionale abbia conosciuto – al contrario di quanto avvenuto per il diritto comunitario, il cui sviluppo è stato piuttosto progressivo – una repentina ascesa, quanto alla mole di casi trattati, nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso<sup>1</sup>, contemporanea all'entrata in vigore del Protocollo 11 della Convenzione, il quale, come noto, ha reso obbligatoria per gli Stati contraenti la giurisdizione della Corte sulle

---

<sup>1</sup> Cfr., tra gli altri, St. Greer, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006, 33 ss., spec. 38 ss.

controversie relative alla violazione della Convenzione, abolendo la precedente Commissione e rendendo parimenti obbligatoria la possibilità di ricorso individuale dei singoli<sup>2</sup>. Ciò che ha concorso a determinare una maggiore e più specifica applicazione delle norme convenzionali negli ultimi due decenni.

In secondo luogo, nell'ultimo periodo la Corte di Strasburgo è stata particolarmente propensa ad indicare le misure specifiche che lo Stato interessato, pur nella sua discrezionalità, è tenuto ad adottare per sopperire alla violazione, piuttosto che accordare la tutela per equivalente; il che ha contribuito ad un avvicinamento nel rapporto tra diritto convenzionale e soggetti singoli, prima maggiormente mediato, al pari dei tradizionali rapporti di diritto internazionale, da un ruolo più marcato dei singoli Stati membri.

Sotto il profilo prettamente interno, l'attenzione sulla Convenzione si è fatta particolarmente pregnante nel momento in cui la questione della sua diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale è stata oggetto di una serie di pronunce della Corte costituzionale; a partire, cioè, da quando il giudice delle leggi ha affermato che la violazione da parte di una norma legislativa interna di una previsione della CEDU integra una violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., come tale denunciabile dinnanzi alla stessa Corte costituzionale nei modi ordinari<sup>3</sup>.

Oltre ai motivi sinora riferiti, la mancata attenzione al dato convenzionale deve poi essere ricondotta anche ad una scarsa propensione, da parte della dottrina, a prendere in considerazione particolari aspetti del diritto sovranazionale fintanto che questi non trovino applicazione nel diritto interno, in quanto oggetto di una decisione che specificamente ci riguardi<sup>4</sup>.

Non a caso, la CEDU ha assunto particolare rilevanza quando nel nostro ordinamento, così come in altri<sup>5</sup>, si è posto il problema della mancanza di uno strumento che permetta la riapertura del processo in relazione ad un giudicato penale in merito al quale è stata riscontrata una violazione della Convenzione<sup>6</sup>. Mentre nel diritto amministrativo è stata in un primo momento oggetto di attenzione soprattutto per la sua influenza in materia urbanistica, in particolare in relazione al noto problema della determinazione dell'indennità di espropriazione e dell'occupazione acquisitiva<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Precedentemente, infatti, la giurisdizione della Corte non era obbligatoria, e, in ogni caso, era successiva alla decisione della controversia da parte della Commissione; il diritto al ricorso individuale, inoltre, doveva essere riconosciuto dai singoli Stati.

<sup>3</sup> Corte cost., n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007.

<sup>4</sup> Rileva D. de Pretis, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 19-20, con riferimento al diritto comunitario, che "sentenze citatissime in un'esperienza nazionale sono pressoché sconosciute in altre (...) per la semplice ragione del diverso grado di impatto che hanno sui diversi sistemi".

<sup>5</sup> Cfr. ad es. *Gencel v Turkey*, 23 ottobre 2003, ove la Corte ha suggerito che in caso di condanna penale adottata in violazione della CEDU la riapertura del procedimento può costituire il rimedio più adeguato a porre rimedio alla violazione stessa.

<sup>6</sup> La questione è stata oggetto del famoso caso *Dorigo v Italy*, 12 ottobre 2005, ove la Commissione aveva riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio in ragione della violazione dell'art. 6, §§ 1 e 2.

<sup>7</sup> Sul punto sia consentito rimandare a quanto affermato in A. Carbone, Fl. D'Angelo, E. Pulcini, *L'evoluzione del potere di pianificazione nella giurisprudenza amministrativa*, in P. Urbani

Nell'ultimo periodo l'analisi della dottrina si è però fatta più penetrante<sup>8</sup>: si sono così ricavate dalla CEDU, e specificamente dal suo art. 6, conseguenze di indubbia rilevanza sia in materia di applicazione di sanzioni amministrative, sia più in generale in relazione al concreto dispiegarsi dell'azione amministrativa nell'ambito del procedimento, superandosi così l'erronea convinzione che la norma appena considerata, richiamando soltanto “*criminal charges*” e “*civil rights and obligations*”, non trovasse applicazione in riferimento al diritto amministrativo, e, facendo riferimento al “*fair trial*”, avesse comunque ad oggetto unicamente il processo, e non anche il procedimento, amministrativo.

In effetti, va detto che, ancorché non vi sia, in ambito CEDU, un'autonoma rilevanza del diritto amministrativo, né sotto il profilo di specifiche garanzie per situazioni di carattere sostanziale, né sotto quello di una garanzia generale di carattere procedurale, atteso che l'art. 6, che di tale garanzia generale si fa portatore, si riferisce espressamente soltanto alle sanzioni penali e ai diritti civili. Tuttavia, l'analisi dell'interpretazione che ai concetti di *civil rights and obligations* e di *criminal offence* ha dato la Corte europea dei diritti dell'uomo consente di affermare che la rilevanza della materia amministrativa, tutt'altro che trascurabile, si esprime attraverso la sua emersione nell'ambito dell'art. 6 CEDU ascrivibile alle situazioni civili e penali, all'interno delle quali risultano incluse le situazioni ricomprese nei rapporti che, nell'ordinamento nazionale, sono riferibili al diritto

---

(a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, 2015, 335-336, n. 43, ed ivi i relativi riferimenti.

<sup>8</sup> Cfr. in particolare, oltre, se si vuole, ad A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016, 101 ss.; Id., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 477 ss., gli studi di M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; Id., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 ss.; Id., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 267 ss.; F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014; Id., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss.; Id., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2014, 337 ss.; Id., *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1338 ss.; Id., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, *ivi*, 2013, 669 ss.; Id., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, *ivi*, 2015p, 546 ss.; Id., *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.; E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, *ivi*, 2014, 685 ss.; F. Cintioli, *Giusto procedimento, CEDU e sanzioni antitrust*, *ivi*, 2015, 507 ss.; S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *cit.*; M. Pacini, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012, 99 ss. L'incidenza dell'art. 6 CEDU sul diritto amministrativo, e in particolare sul procedimento, era stata già evidenziata da S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Pt. generale, I, *cit.*, 220-222; spunti anche in G. Greco, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 25 ss.; M. Gnes, *The Application of the European Convention on Human Rights in Italian Administrative Law*, in *Eur. Rev. Publ. Law*, 2001, 529 ss.

amministrativo<sup>9</sup>.

Inoltre, nonostante il dato letterale dell'art. 6 CEDU faccia riferimento al giusto processo (*fair trial*), la sua interpretazione da parte della Corte europea consente di rapportare tale norma non solo al processo, ma anche al procedimento amministrativo.

Tuttavia, si specifica ulteriormente, ciò non significa che il procedimento debba essere strutturato con le medesime garanzie che l'art. 6 prescrive per il processo giurisdizionale; che, cioè, la determinazione del diritto e l'irrogazione della sanzione, siano 'giuste' nell'ambito del procedimento o del processo, ognuno in sé considerato. Ai fini del rispetto della Convenzione, ciò che conta è che la vicenda, nella sua complessiva considerazione della parte procedimentale e di quella processuale, sia conforme ai canoni di cui all'art. 6. In altri termini, il principio accolto può dirsi che sia quello della *giusta determinazione del diritto/giusta irrogazione della sanzione nel suo complesso, attraverso la complessiva valutazione della vicenda processuale e procedimentale*. In questo senso, è sufficiente che vi sia, nella successiva fase giurisdizionale, una compensazione *ex post* delle mancanze riscontrate nella fase amministrativa; è sufficiente quindi che la decisione adottata in sede amministrativa sia soggetta al sindacato di un organo conforme ai requisiti di cui all'art. 6 CEDU, purché detto organo possa effettivamente ed efficacemente influire sulla decisione già adottata, esercitando un sindacato di *full jurisdiction*<sup>10</sup>.

Ora, rispetto a tali considerazioni di ordine generale, va detto che l'applicazione dei principi sanciti dalla Corte europea non abbia sempre portato a risultati univoci nei diversi Stati contraenti, ma si sia anzi caratterizzata per modelli tra loro differenti, alcuni rivolti a valorizzare maggiormente la fase procedimentali, altri più propensi a considerare il recupero delle garanzie nella fase processuale.

Ci si propone allora di illustrare come nei vari ordinamenti europei la descritta duplicità applicativa crei discrasie in ordine all'individuazione del momento – procedimentale o processuale – in relazione al quale le garanzie di cui all'art. 6 CEDU devono trovare attuazione. Differenze che si riscontrano in relazione a quegli ordinamenti che strutturano il procedimento amministrativo in chiave *quasi-judicial* – assumendo che il sindacato giurisdizionale risulti più rispettoso della sfera di valutazione lasciata all'Amministrazione – e quelli ove il procedimento amministrativo risulta improntato a canoni meno garantistici, in

---

<sup>9</sup> *Engel v Netherlands*, 8 giugno 1976, par. 81-82; *Ringeisen v Austria*, 16 luglio 1971, par. 94; *König v Germany*, 28 giugno 1978, par. 90; *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium*, 23 giugno 1981, par. 48

<sup>10</sup> *Albert and Le Compte v Belgium*, 10 febbraio 1983, par. 29; *W v UK*, 8 luglio 1987, par. 82; *Obermeier v Austria*, 28 giugno 1990, par. 70; *Zumtobel v Austria*, 21 settembre 1993, par. 32; *Bryan v UK*, 22 novembre 1995, par. 47.

Cfr. in generale, sugli aspetti descritti nel testo, D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, 201 ss. e 228 ss.; F.G. Jacobs, R.C.A. White, C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010, 242 ss.; M. Allena, *Art. 6 CEDU*, cit., 171 ss.; Id., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, cit., po. 601 ss.; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, loc. ult. cit.; Id., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, loc. ult. cit.

ragione di un sindacato processuale maggiormente incisivo e intrinseco della scelta compiuta dalla P.A.

Si vedrà come tali differenze paiono derivare dalla stessa flessibilità dei principi sanciti, soprattutto in relazione al canone della compensazione *ex post*, che permette così alla Corte di operare una maggiore armonizzazione dei principi stessi con l'atteggiarsi dei differenti ordinamenti nazionali. D'altro canto, tuttavia, pure non può negarsi che la diversità dei modelli applicativi si sia registrata anche a causa di una certa incertezza, che si è venuta a creare intorno al modo di intendere il rapporto tra tale flessibilità e i differenti modelli nazionali di procedimento amministrativo e processo giurisdizionale.

## 2. L'applicazione dell'art. 6 CEDU in Francia

Ora, per quanto concerne la Francia, è da dire che in tale ordinamento si è avuta un'applicazione dei principi previsti dall'art. 6 CEDU piuttosto peculiare, e, sembrerebbe, in taluni casi non del tutto in linea con quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Al riguardo può rilevarsi come la posizione tradizionale della giurisprudenza amministrativa fosse nel senso di riservare il rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 ai soli procedimenti giurisdizionali<sup>11</sup>. A fronte di essa, la *Cour de cassation* ha invece affermato la necessità che le prescrizioni contenute in detta norma trovino riscontro anche davanti alle autorità amministrative<sup>12</sup>, secondo una posizione seguita poi, a partire dall'*arrêt Didier*, anche dal *Conseil d'État*<sup>13</sup>.

Tuttavia, nel sostenere tale impostazione, l'applicazione delle prescrizioni procedurali di cui all'art. 6 non è stata estesa in generale alle autorità amministrative nell'esercizio di una funzione di amministrazione attiva che comportasse la determinazione di un diritto o l'irrogazione di una sanzione, ma è stata invece limitata a quelle amministrazioni che, per loro natura e struttura, potessero presentare i caratteri propri di un *tribunal*, con un'inversione della logica utilizzata dalla Corte europea nell'interpretare la norma convenzionale in esame. Sotto tale profilo, i giudici francesi hanno riconosciuto che se la nozione di *tribunal* non è idonea a ricomprendere le *autorités administratives classiques*, essa non è tuttavia necessariamente da intendere come limitata a quelle autorità che hanno carattere formalmente giurisdizionale secondo il diritto interno. In questo senso, si è

<sup>11</sup> Cfr. *ex multis* CE, 1° marzo 1991, *Le Cun*; 31 marzo 1995, *Ministre du budget c/ Société Auto-Industrie Méric*; 5 maggio 1995, *Berruchaga*; 8 dicembre 1995, *Mouvement de defense des automobilistes*; 19 ottobre 1996, *Association Ici et Maintenant*; 5 febbraio 1997, *Fruhling*; 21 febbraio 1997, *Vuillième*; 4 maggio 1998, *Société de bourse Patrice Wargny*.

<sup>12</sup> Cass., 5 ottobre 1999, *COB c/ Oury*, ma già, in via di principio, Cass., 9 aprile 1996, *Haddad c/ Agent judiciaire du Trésor*. Sul punto si veda J.F. Brisson, *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme: à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation*, in *AJDA*, 1999, 847 ss.

<sup>13</sup> CE, 3 dicembre 1999, *Didier*, su cui M. Guymar, P. Collin, in *AJDA*, 2000, 126; L. Sermet, in *RFDA*, 2000, 1059. In generale si veda anche C. Ferrari-Breeur, *La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration*, in *La contradiction en droit public français et l'article 6 § 1 de la CEDH*, *RFDA*, 2001, 33 ss.

affermato che, per valutare l'applicabilità delle garanzie europeo-convenzionali di cui si discorre, deve aversi riguardo della struttura dell'autorità decidente, in particolare in relazione "à la nature, à la composition et aux attributions"<sup>14</sup> della stessa, seguendo un ragionamento che ha permesso di considerare *tribunaux* ai fini dell'art. 6 CEDU alcune *autorités administratives indépendantes*<sup>15</sup>.

Invero, l'impostazione appena descritta non è stata seguita in modo pieno. In primo luogo, il riferimento alle Autorità amministrative indipendenti è stato pressoché limitato a quelle autorità investite di poteri sanzionatori; mentre sono state solitamente escluse, con una posizione criticata in dottrina<sup>16</sup>, le autorità che esercitano poteri in materie di carattere civile<sup>17</sup>, sulla base della circostanza che nella fase procedimentale amministrativa non avverrebbe la *contestation* delle corrispondenti situazioni soggettive, secondo un'interpretazione di tale termine (corrispondente nella versione inglese a quello di *determination*) differente da quella fatta propria dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. In secondo luogo, l'applicabilità delle garanzie convenzionali del giusto procedimento/processo è stata da ultimo affermata anche con riguardo ad una procedura dinnanzi ad una *autorité administrative classique* in relazione a procedimenti di natura penale, quale quello dinnanzi ad autorità preposte all'irrogazione di sanzioni fiscali<sup>18</sup>.

L'approccio adottato da questa giurisprudenza, indubbiamente, è collegato al tenore delle pronunce della Corte europea che hanno interessato l'ordinamento francese<sup>19</sup>. Ad ogni buon conto, può evidenziarsi come la focalizzazione sul concetto di *tribunal* in relazione all'applicazione dell'art. 6 CEDU abbia determinato una particolare valorizzazione delle garanzie strutturali proprie del *tribunal impartial et indépendant*, la cui sussistenza è stata ritenuta comunque necessaria, una volta ricompresa l'autorità in questione nell'ambito di applicazione della norma, ai fini del rispetto del diritto europeo-convenzionale<sup>20</sup>.

Così, è noto come si sia pervenuti, in detto ordinamento, alla riforma strutturale di Autorità indipendenti la cui distinzione tra organi istruttori e organi

<sup>14</sup> Cfr. l'*arrêt Didier*, cit.

<sup>15</sup> CE, 28 luglio 2000, *Société Copper Communication*; 22 novembre 2000, *Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux*; 28 ottobre 2000, *Laurent*; 31 marzo 2004, *Société Etna finance et Parent*; 6 gennaio 2006, *Société Lebanese Communication Group*; 27 ottobre 2006, *Parent et autres*; 23 aprile 2009, *Compagnie Blue Line*.

<sup>16</sup> Tra gli altri, G. Eveillard, *L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse*, in *AJDA*, 2010, 535.

<sup>17</sup> Cfr., per l'inapplicabilità alle materie civili, CE, 22 novembre 2000, *Mutuelle interjeunes et Abed*; 11 giugno 2003, *EDF*. Un'eccezione a tale orientamento dominante può riscontrarsi in CE, 12 ottobre 2009, *Petit*, ove il giudice amministrativo ha ritenuto di applicare l'art. 6 ai procedimenti sanzionatori disciplinari nelle professioni regolamentate in base ai profili civilistici della norma, in quanto il divieto di esercitare una professione è stato ritenuto una controversia su diritti e obbligazioni di carattere civile.

<sup>18</sup> CE, 27 febbraio 2006, *Kremppff*; 11 febbraio 2006, *Pessey*; 4 marzo 2006, *SA Martell & Co.*; 26 maggio 2008, *Société Norelec*; 31 dicembre 2008, *Société Café de la paix*.

<sup>19</sup> Cfr. sulla struttura della *Commission bancaire* cfr. *Dubus v France*, cit. Per la mancanza di garanzie adeguate nel procedimento di comminazione delle sanzioni da parte della *Commission des opérations de bourse* si vedano i casi *Vernes v France*, cit., e *Messier v France*, 30 giugno 2011.

<sup>20</sup> Si veda L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 2006, 360 ss., spec. 363.

decisori nella comminazione di una sanzione non era stata reputata conforme alla CEDU da parte della Corte europea<sup>21</sup>.

In relazione a tale circostanza, va però specificato che l'applicabilità dell'art. 6 CEDU ad un'autorità amministrativa, nel senso appena descritto, non è stata considerata idonea a comportare l'automatica estensione, per il relativo procedimento, di tutte le garanzie procedurali previste dalla norma<sup>22</sup>.

A tal proposito, la giurisprudenza francese ha infatti sostenuto che la loro sussistenza non è sempre necessaria nella fase amministrativa<sup>23</sup>, ben potendo dette garanzie essere recuperate nella successiva fase giurisdizionale (fase giurisdizionale che, peraltro, in relazione ai provvedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti si caratterizza di regola quale ipotesi di *contentieux de pleine juridiction*<sup>24</sup>). In particolare, l'impostazione generale adottata dai giudici del *Conseil d'État* – che a tal proposito hanno particolarmente valorizzato l'insegnamento della pronuncia della Corte europea nel caso *Imbrioscia*<sup>25</sup> – si è posta proprio nel senso che il rispetto delle prescrizioni procedurali nella fase amministrativa sia necessario soltanto laddove esse non siano recuperabili nella successiva fase giurisdizionale<sup>26</sup>: in tale categoria sono state quindi ricomprese, oltre che appunto le prescrizioni concernenti l'indipendenza e l'imparzialità dell'organo decidente, come detto, anche quelle proprie delle esigenze di difesa nelle fattispecie sanzionatorie, cioè precipuamente quelle indicate nei §§ 2 e 3 dell'art. 6 CEDU<sup>27</sup>.

In questo modo, il rispetto dell'art. 6 CEDU ai fini della garanzia del contraddittorio viene riconosciuto per determinate autorità e in relazione a specifici profili, collegati ai caratteri strutturali dell'organo e all'irrimediabilità della violazione del diritto europeo-convenzionale; per il resto, il problema viene spostato nell'ambito del processo giurisdizionale.

---

<sup>21</sup> Cfr. l'*ordonnance* n. 2010-76 del 21 gennaio 2010 che ha modificato gli artt. L-612-1 ss. del *Code monétaire et financier* al fine di creare l'*Autorité de contrôle prudentiel*, per sopperire all'imperfetta separazione tra organo istruttorio e organo competente ad adottare la sanzione all'interno della *Commission bancaire* rilevata dalla Corte europea nel già ricordato caso *Dubus v France*, cit.

<sup>22</sup> Si veda in proposito G. Eveillard, *L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse*, cit., 532.

<sup>23</sup> Si veda l'*arrêt Didier*, per cui "la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 CEDH n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable".

<sup>24</sup> E in ogni caso per un sindacato particolarmente pregnante: cfr. CE, 22 giugno 2007, *Arfi*; 16 febbraio 2009, *Société ATOM*; 13 novembre 2013, *Dahan*. Sul punto si veda Q. Epron, *Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs*, in *RFDA*, 2011, 1007 ss.; S. Etoa, *L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives*, in *AJDA*, 2012, 358 ss.

<sup>25</sup> *Imbrioscia v Switzerland*, 24 novembre 1993, par. 32 ss.

<sup>26</sup> Cfr. L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, loc. ult. cit.; V. Kapsali, *Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse*, Issy-les-Moulineaux, 2015, 112 ss.

<sup>27</sup> In proposito si veda CE, 27 ottobre 2006, *M. Parent et al.*, su cui M. Collet, in *AJDA*, 2007, 80.

### 3. L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel Regno Unito

Piuttosto diversa da quella appena descritta si presenta invece la situazione Oltremetrica.

Nel Regno Unito, infatti, il problema del rapporto con l'art. 6 CEDU è stato affrontato soprattutto in relazione alla compatibilità del sindacato di *judicial review* con i canoni della *full jurisdiction*<sup>28</sup>. La questione è stata oggetto di attenzione a partire dal caso *Bryan v UK*<sup>29</sup>, con il quale la Corte europea ha sancito che, laddove la procedura amministrativa risponda a molti dei requisiti richiesti dall'art. 6, il successivo sindacato giurisdizionale può risultare più attenuato senza porsi in violazione dei canoni convenzionali. Tale decisione è stata particolarmente tenuta in conto dai giuristi inglesi<sup>30</sup>, che sulla base di essa hanno strutturato il rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo-convenzionale.

In particolare, in quella controversia, il sindacato giurisdizionale attenuato è stato giustificato, sulla base della circostanza che la decisione, concernente la demolizione di un immobile abusivo, era stata assunta, a seguito del ricorso dell'interessato al *Secretary of State for the Environment*, da parte di un *Planning inspector* da quest'ultimo nominato, sulla base di una *quasi-judicial procedure enjoying procedural safeguards satisfying many of the requirements of Article 6*; l'ispettore, si è inoltre affermato, ancorché non potesse essere considerato completamente indipendente in quanto nominato e revocabile dall'organo dell'esecutivo competente in materia, godeva di un'adeguata terzietà e imparzialità nella decisione della causa.

La giurisprudenza inglese, prendendo le mosse da tale pronuncia, ha successivamente sviluppato l'impostazione descritta, prescindendo del tutto, peraltro, dal requisito della terzietà e dell'indipendenza dell'autorità amministrativa decidente<sup>31</sup>. In particolare, ai fini della compensazione *ex post* tramite *judicial review*, si è inizialmente posto l'accento sulla distinzione tra *matters of fact* e *matters of policy or expediency*, affermandosi che soltanto laddove ci si trovi di fronte alle seconde il *judicial review* avrebbe costituito un rimedio adeguato ai sensi dell'art. 6 CEDU, mentre, venendo in questione elementi meramente fattuali, una completa revisione sarebbe necessaria<sup>32</sup>; in altra giurisprudenza successiva,

<sup>28</sup> Su tutti, P. Craig, *The Human Rights Act, Article 6 and procedural rights*, in *Publ. Law*, 2003, 753 ss. Cfr. anche la dottrina citata *infra*, Cfr. anche C. Forsyth, *Administrative decision-makers and compliance with Article 6(1): the limits of the curative principle*, in *Cambridge Law Journal*, 66(3), 2007, 487 ss.; M. Elliott, *Judicial Review's Scope, Foundations and Purposes: Joining the Dots*, in *New Zealand Law Review*, 2012, 75 ss.

<sup>29</sup> *Bryan v UK*, cit.

<sup>30</sup> Si vedano, tra gli altri, D. Feldman (ed.), *English Public Law*, Oxford, 2009, 587 ss.; P. Craig, *Administrative Law*, London, 2008, 426 ss.; T. Endicott, *Administrative Law*, Oxford, 2015, 176 ss.

<sup>31</sup> *R (Alconbury) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23; [2003] 2 AC 295, della *House of Lord*, la quale, riformando sul punto la relativa decisione dell'*High Court*, ha affermato che il principio espresso in *Bryan* troverebbe applicazione anche nel caso in cui il ricorso sia deciso, come è possibile, direttamente dal *Secretary of State*.

<sup>32</sup> *R (Alconbury) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23; [2003] 2 AC 295 at [122], *per* Lord Hoffmann; *R v Hampshire CC* [2001] EWHC Admin 560; [2002] Env LR 8; *British Telecommunications plc v Gloucester City Council* [2001] EWHC



tuttavia, tale distinzione è stata svalutata, sostenendosi la sufficienza del *judicial review* anche per le questioni di fatto, senza necessità di un *appeal on the merits*<sup>33</sup>.

La particolare limitazione del sindacato può del resto apparire giustificata in considerazione della circostanza che nell'ordinamento inglese vi è un sistema di revisioni, anche sul merito, aventi ad oggetto la decisione adottata dall'autorità amministrativa, che possono svolgersi dinnanzi ai *tribunals*, organi a composizione ibrida la cui natura (giurisdizionale o amministrativa) continua però ad essere discussa anche a seguito dell'importante e ben nota riforma che li ha di recente interessati<sup>34</sup>.

Peraltro, può ricordarsi come i *procedural rights* godano di un'importante tradizione nel mondo anglosassone, sia in relazione al loro valore sostanziale, quali espressione della *natural justice*, sia in ragione del loro *instrumental role* nei confronti del contenuto materiale della decisione adottata<sup>35</sup>. Le regole della *procedural fairness*<sup>36</sup> riguardano, indistintamente, procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, ancorché per un certo periodo si assistette alla tendenza a confinarle all'esercizio di funzioni *judicial* o *quasi-judicial*, per poi essere chiaramente estese allo svolgimento di tutte le attività propriamente amministrative<sup>37</sup>.

---

Admin 1001; [2002] 2 P&CR 33; *R v Rhondda Cynon Taff County BC* [2001] EWHC Admin 527; [2002] Env LR 15.

<sup>33</sup> *Begum (Runa) v Tower Hamlets LBC* [2003] UKHL 5; [2003] 2 AC 430. Sul punto cfr. in particolare P. Craig, *The Human Rights Act, Article 6 and procedural rights*, cit., 762 ss.; B. Schindler, *Art. 6(1) ECHR and Judicial Review of Administrative Decision-Making in England and Switzerland – A Comparative Perspective*, in *SZIER/RSDIE*, 2006, 445 ss., spec. 453 ss.

Cfr. in proposito la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Fazia Ali v UK*, 20 ottobre 2015, per cui, a fronte di un sindacato *on a point of law only*, si è affermato (par. 83) che “although the County Court did not have jurisdiction to conduct a full rehearing of the facts, the appeal available to the applicant did permit it to carry out a certain review of both the facts and the procedure by which the factual findings of the Officer were arrived at”.

<sup>34</sup> In merito alla quale si rimanda a T. Buck, *Tribunal Reform in the UK: Precedent and Reporting in the New Unified Structure*, in [www.ssrn.com/abstract=992258](http://www.ssrn.com/abstract=992258), 2007; C. Radcliffe, *The Tribunals Revolution*, in *Jud. Rev.*, 2007, 197 ss.; G. Richardson, H. Genn, *Tribunals in Transition: Resolution or Adjudication?*, in *Publ. Law*, 2007, 116 ss.; R. Carnwath, *Tribunal Justice – A New Start*, *ivi*, 2009, 48 ss.; G. Drewry, *The Judicialisation of 'Administrative' Tribunals in the UK: From Hewart To Leggatt*, in *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 2009, 45 ss.; G. Ligugnana, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 432 ss.; M. Macchia, *La riforma degli Administrative Tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209 ss.; M.C. Pangallozzi, *Le trasformazioni del diritto amministrativo inglese: i “nuovi” Administrative Tribunals*, *ivi*, 2016, 453 ss.

<sup>35</sup> Sia consentito rinviare in generale a H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 156 ss.; J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, 1973, 235 ss.; J. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, Yale, 1985, 158 ss.; D.J. Galligan, *Due Process and Fair Procedure*, cit., spec. 52 ss. e 96 ss.

<sup>36</sup> Sul rapporto tra *natural justice* e *fairness*, anche in relazione alla distinzione tra procedimenti *judicial* o *quasi-judicial* e quelli amministrativi si veda in particolare P. Craig, *Administrative Law*, cit., 376 ss.; D. Feldman (ed.), *English Public Law*, cit., 678.

<sup>37</sup> Il principio dell'*audi alteram partem* si trova in generale affermato in *Cooper v Wandsworth Board of Works* [1863] 14 CB (NS) 180; a fronte di una giurisprudenza incerta, esso fu poi esteso espressamente oltre le funzioni giudiziali o quasi giudiziali nel caso *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40: cfr. D. Feldman (ed.), *English Public Law*, cit., 672 ss.; P. Craig, *Administrative*

In generale, i principi della *procedural fairness* trovano un collegamento con l'art. 6 CEDU, atteso che lo *Human Rights Act 1998 – HRA*, nel recepire la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento britannico, ha stabilito, alla S. 6(1), che “*it is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right*”, ricomprendendo tra le *public authorities* (S. 6(3) *HRA*) “... (a) a court or tribunal, and (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature”. Nell'ambito dei *Convention rights*, ovviamente, rientrano anche le garanzie procedurali di cui all'art. 6.

Le considerazioni fin qui effettuate devono essere tenute presenti quando si esamina il concetto di *procedural fairness* nella procedura amministrativa di *decision-making*. In primo luogo, il rispetto da parte delle *public authorities* dei diritti europeo-convenzionali non significa che si debba in ogni caso prescindere dalla generale regola di integrazione tra le procedure determinative del diritto stabilita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: si è detto come anzi la giurisprudenza britannica abbia fatto importante affidamento sui principi sanciti nel caso *Bryan v UK*. Inoltre, anche se in generale la tendenza è quella di considerare le garanzie di *procedural fairness* previste nel *common law* in diretta correlazione con quelle di cui all'art. 6 CEDU, l'impostazione è nel senso di rapportarsi con i principi tradizionalmente elaborati dal *case-law* delle corti.

Nella sostanza, si tende dunque a prescindere, come detto all'inizio, dal requisito dell'indipendenza e dell'imparzialità, la cui mancanza non viene posta in discussione e rileva ai fini della successiva compensazione nella fase giudiziale, e si valuta la sussistenza della *fairness* procedurale in relazione ai tradizionali canoni del *common law*, i quali vengono posti in rapporto con quanto prescritto dal diritto europeo-convenzionale.

#### 4. L'applicazione dell'art. 6 CEDU in Italia

L'analisi di questi due ordinamenti consente di valutare quale sia la situazione relativa a quello italiano.

La nostra situazione può dirsi, in un certo modo, a metà tra quella francese e quella britannica.

Sul punto, può segnalarsi come la dottrina italiana da un lato richieda il tendenziale rispetto dei canoni di cui all'art. 6 CEDU già in fase procedimentale, soprattutto nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, e, tra questi, in special modo per quelli che si esplicano davanti alle Autorità indipendenti; dall'altro, ritenga che il nostro sindacato giurisdizionale, nell'ambito della giurisdizione amministrativa di legittimità, non sarebbe compatibile con il canone della *full jurisdiction* previsto dal medesimo art. 6, che dunque andrebbe potenziato verso la piena sostituibilità del giudice all'Amministrazione, salvi i casi, residuali, di decisione concernenti, nella materia civile, scelte politiche democraticamente rilevanti<sup>38</sup>.

*Law*, cit., 371 ss.; T. Endicott, *Administrative Law*, cit., 121 ss.; I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights. A Critical Introduction*, Oxford, 2015, 478 ss.

<sup>38</sup> Cfr. M. Allena, *opp. locc. ultt. citt.*; F. Goisis, *opp. locc. ult. citt.*; E. Follieri, *op. ult. loc. ult. cit.* Più complessa invece la posizione di C. Feliziani, *Giustizia amministrativa, amministrazione e*

Ora, non sembra in realtà di potersi in generale condividere il duplice ordine di rilievi appena descritto.

Sotto il primo dei due profili, infatti, come risulta evidente già dal caso *De Cubber*<sup>39</sup>, nei casi in cui venga in questione una decisione adottata da un'autorità amministrativa la Corte considera normale evenienza quella della compensabilità *ex post*, mentre differente è l'approccio utilizzato con riferimento alle varie fasi processuali di una controversia giurisdizionale, ove la compensazione viene normalmente limitata alle violazioni concernenti le carenze in cui è incorso il singolo procedimento in concreto, ed è contenuta in limiti più rigorosi<sup>40</sup>.

In ordine al secondo dei due rilievi sollevati, cioè l'idoneità del sindacato del giudice amministrativo di legittimità ad integrare gli standard della *full jurisdiction*, si deve considerare che ciò che la Corte europea sembra richiedere ai fini del sindacato giurisdizionale compensativo è che questo sia un sindacato pieno in fatto e in diritto, un esame, cioè, *point by point of all questions of fact and law relevant to the dispute before it*<sup>41</sup>, senza che ciò comporti una sostituzione dell'opinione del giudice a quella della P.A.<sup>42</sup>. In questo senso, particolare rilievo è stato dato alla circostanza che ci si trovi al cospetto di ciò che viene definito come *classic exercise of administrative discretion*, nonché al modo in cui la decisione amministrativa è stata adottata, in considerazione delle garanzie di cui comunque si è usufruito nell'ambito del procedimento, ai fini dell'esame complessivo della vicenda<sup>43</sup>. Il concetto di *classic exercise of administrative discretion*, inoltre, pare essere riferito dalla Corte sia alla discrezionalità amministrativa in senso proprio, sia anche a casi che potremmo definire di c.d. discrezionalità tecnica<sup>44</sup>.

Su tali basi si è quindi potuto concludere nel senso che la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo permette un sindacato compatibile con i

---

*ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Napoli, 2018, 159 ss. e 226 ss.; Id., *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in corso di pubbl. in *Dir. proc. amm.*, 2019, la quale ritiene che le garanzie CEDU dovrebbero trovare riscontro soprattutto in sede procedimentale.

<sup>39</sup> *De Cubber v Belgium*, 26 ottobre 1984.

<sup>40</sup> Qualche ambiguità pare rimanere in materia penale in ordine a quelle che vengono definite *minor offences* e alla possibilità di compensazione al di fuori delle ipotesi ad essere relative; anche se invero il tratto scriminante, al fine di ammettere una generale compensazione *ex post* anche quando sarebbe arduo parlare appunto di *minor offence*, sembrerebbe risiedere proprio nella circostanza che la sanzione sia irrogata da un'autorità amministrativa, non venendo in questione sanzioni *belonging to the traditional categories of criminal law*: cfr. A. Carbone, *Il contraddittorio*, cit., 133, spec. n. 93; Id., *Rapporti tra ordinamenti*, cit., 507-508, spec. n. 108, ed ivi il riferimento a *Jussila v Finland*, 23 novembre 2006, par. 43.

<sup>41</sup> Cfr. *Tinnelly and others v UK*, 10 luglio 1998, par. 72 ss.; *O. v UK*, 8 luglio 1987, parr. 13-16; *Družstevní Záložna Priea and others v the Czech Republic*, 31 luglio 2008, parr. 107-115; *Terra Woningen v Netherlands*, 17 dicembre 1996, parr. 50-56.

<sup>42</sup> Si afferma espressamente che "it can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities": *Fazia Ali v UK*, 20 ottobre 2015, par. 77; *Sigma Radio Television v Cyprus*, 21 luglio 2011, par. 153.

<sup>43</sup> *Ex multis Fazia Ali v UK*, par. 78; *Sigma Radio Television v Cyprus*, par. 154.

<sup>44</sup> *Bryan v UK*, anche *Stefan v UK*, 9 dicembre 1997; *X v UK*, 19 gennaio 1998; *Tşfayo v UK*, 14 novembre 2006, parr. 42-46; *Crompton v UK*, 27 ottobre 2009, par. 70 ss.; *Sigma Radio Television v Cyprus*, cit.

canoni europeo-convenzionali ove concepita, e concretamente esercitata, come giudizio di piena giurisdizione; ove cioè, rispetto ad un sindacato sul vizio di discrezionalità, che nella nostra esperienza si è venuto caratterizzando per l'utilizzo di parametri che permettono al giudice di andare a verificare compiutamente la correttezza dell'assetto di interessi posto in essere dalla P.A., il giudice non attui, come spesso ancora avviene, un criticabile *self-restraint*<sup>45</sup>.

La declinazione in tal senso dei principi di cui all'art. 6 CEDU può ricavarsi anche dalla giurisprudenza europea che riguarda il nostro Paese, in relazione ai noti casi *Menarini* e *Grande Stevens*. Nella prima delle due decisioni, infatti, la Corte europea ha ritenuto, sulla base della possibilità di adire un successivo giudice dotato di *full jurisdiction*, che l'irrogazione della sanzione da parte dell'AGCM non fosse avvenuta in violazione dell'art. 6 CEDU<sup>46</sup>; mentre nella seconda si è affermato che, pur se il procedimento di irrogazione di una sanzione CONSOB non era idoneo di per sé ad integrare i requisiti di cui all'art. 6 CEDU, vi era la possibilità per l'interessato di esperire successivo ricorso giurisdizionale dinnanzi al giudice ordinario, dotato, perlomeno in astratto, di *full jurisdiction*<sup>47</sup>.

In particolare, in relazione al caso *Grande Stevens*, ciò che può ricavarsi dalle enunciazioni della Corte europea, secondo il quadro fin qui delineato, è l'impossibilità di considerare *la giusta irrogazione della sanzione* ai sensi dell'art. 6 CEDU già integrata nella fase procedimentale amministrativa, con conseguente necessità, secondo il modulo proprio delle situazioni sottoposte dal diritto interno alla disciplina amministrativa, di una successiva fase di *full jurisdiction*. Tale

---

<sup>45</sup> Cfr. A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 136 ss., 146; Id., *Rapporti tra ordinamenti*, cit., 510 ss., 523.

Per la medesima conclusione, vedi ora anche F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in B. Giliberti (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019, 243 ss., 273; in precedenza, sostanzialmente in senso analogo anche F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 533 ss.

In quest'ottica, può anche stemperarsi il presunto contrasto con il diritto CEDU – denunciato ad es. da F. Goisis, *Il canone della Full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in B. Giliberti (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, cit., 317 ss. – dell'art. 7, co. 1, seconda parte, d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2019, che, nel recepire la direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust, ha stabilito che “*il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*”. Tale contrasto non avrebbe ragion d'essere, purché si interpreti tale disposizione non come un ritorno ad un sindacato soltanto esterno sulle valutazioni tecniche opinabili, ma nel senso di ammettere un pieno riscontro dell'attendibilità della decisione anche opinabile, con effettiva valorizzazione del sindacato confutatorio, come del resto viene affermato da quella giurisprudenza da cui il legislatore sembra aver ripreso la formula utilizzata nell'art. 7: cfr. in questo senso, condivisibilmente, F. Cintioli, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lgs. 19 gennaio, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1207 ss.; M. Lipari, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, 26 ss., i quali pure evidenziano, tuttavia, l'ambiguità in questo senso del testo normativo.

<sup>46</sup> *Menarini v Italy*, 27 settembre 2011.

<sup>47</sup> *Grande Stevens v Italy*, 4 marzo 2014.

impostazione è stata recepita dal Consiglio di Stato, il quale, rapportandosi appunto alla pronuncia *Grande Stevens*, non ha ritenuto illegittimo il regolamento CONSOB per violazione dell'art. 6 CEDU, pur sancendone l'illegittimità in ragione del mancato rispetto delle garanzie del contraddittorio espressamente prescritte dalla normativa nazionale<sup>48</sup>. Nell'ottica del giudice amministrativo, infatti, quella amministrativa è soltanto una delle fasi che caratterizzano il procedimento sanzionatorio, seguita poi dalla fase giurisdizionale: le garanzie prescritte dall'art. 6 possono trovare attuazione indistintamente in una delle diverse fasi.

### 5. Le incertezze applicative e i diversi approcci dei differenti ordinamenti

Se ora si cercano di trarre delle conclusioni dall'esame dei differenti Stati contraenti a cui la nostra analisi è stata rivolta – Francia, Regno Unito e Italia – appare chiaro che l'applicazione della CEDU al diritto amministrativo, in relazione al giusto processo/procedimento di cui all'art. 6, appare fonte di rilevanti incertezze. Basti considerare che, se in Francia, in ragione dei rilievi della Corte europea, si è proceduto a rivedere il modello di talune autorità indipendenti, in Italia il regolamento della CONSOB è stato annullato solo sulla base del diritto interno, e il medesimo problema è stato risolto persino in senso contrario con riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>49</sup>.

Ora, va certamente considerato, come detto, che, nell'ambito esaminato, sia proprio il diritto sovranazionale a porsi in maniera flessibile nelle sue modalità applicative, e a dare la possibilità di scelta, compatibilmente con le differenti tradizioni nazionali, a diversi modelli procedurali.

La flessibilità è, quindi, il fulcro del principio sancito dalla Corte europea. Senza dubbio, essa deve essere pienamente tenuta in conto, al fine di evitare che proprio interpretazioni da un lato rigide (come da noi in gran parte della dottrina), dall'altro, in qualche modo, settoriali (si veda quanto accaduto in Francia) portino a risultati non congruenti con il diritto europeo-convenzionale.

Tuttavia, pure va detto che proprio la circostanza che la Corte europea si debba confrontare con esperienze diverse, in relazione al modello di procedimento amministrativo e di processo giurisdizionale che vengono in considerazione, può rendere complesso ricavare principi di chiara applicabilità per tutti gli ordinamenti che si muovono nell'ambito della Convenzione.

A ciò si aggiunge che, se pure non ci sembra che il tenore delle statuizioni della Corte sull'art. 6 possa dirsi sostanzialmente mutato nel corso del tempo, non può non registrarsi, in proposito, un andamento della giurisprudenza in cui la

---

<sup>48</sup> Cons. St., sez. VI, nn. 1595 e 1596 del 26 marzo 2015.

<sup>49</sup> Cfr. Corte cost., n. 13 del 31 gennaio 2019, la quale ha ritenuto che il requisito per poter rivestire la qualità di giudice *a quo*, nell'ambito del procedimento incidentale di costituzionalità delle leggi, è la terzietà dell'organo decidente, anche a prescindere dall'incardinamento di esso in un ordine giudiziario; requisito che, appunto, mancherebbe in capo all'AGCM, in ragione del carattere ad essa istituzionalmente riconosciuto, in ragione dell'attribuzione di un potere amministrativo in senso proprio, di carattere discrezionale.

declinazione dei principi concernenti la norma in esame ha visto un susseguirsi di considerazioni e precisazioni che, quantomeno, ha fatto apparire in chiave piuttosto equivoca la reale portata del *right to a fair trial* in ambito amministrativo, sia con riferimento alla materia sostanzialmente penale sia a quella sostanzialmente civile<sup>50</sup>. Ne è un esempio la diversità di opinioni che, da ultimo, si è verificata in senso alla stessa *Grand Chamber* della Corte europea, in ordine alla declinazione del canone della *full jurisdiction*<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Si noti in proposito come anche chi, nella nostra dottrina, si è espresso nel senso della necessità di un sindacato pienamente sostitutivo ai fini CEDU, più di recente ha considerato ambigua la giurisprudenza della Corte: si vedano M. Allena, F. Goisis, *'Full Jurisdiction' under Article 6 ECHR: Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers*, in corso di pubbl.

<sup>51</sup> Si fa riferimento alla decisione *Ramos Nunes de Carvalho v Portugal*, 6 novembre 2018, parr. 176 ss., che sembra richiedere uno scrutinio più rigoroso in ordine alla *full jurisdiction*, ma che specifica tuttavia che ciò si può avere in quanto “in the instant case, the assessment of the facts and the review of the disciplinary sanctions imposed did not require specialised knowledge or specific professional experience, but could have come within the jurisdiction of any court. This was not a classic exercise of administrative discretion in a specialised area of law” (si trattava di una procedura disciplinare nei confronti di un giudice, in ordine alla quale si lamentavano gravi mancanze in relazione all'accertamento dei fatti). Nonostante il tenore delle statuizioni, non sembra quindi discostarsi dalla precedente giurisprudenza. Peraltro, la *opinion* del Presidente Raimondi e dei giudici Nussberger, Jäderblom, Møse, Poláčková e Koskelo si pone anche in senso più permissivo, ritenendo la lettura della maggioranza eccessivamente intromissiva nei confronti della competenza dell'autorità disciplinare.

# Le Corti costituzionali tra tutela del pluralismo e delle singole identità

di Angioletta Sperti

**Abstract: Constitutional courts, protection of pluralism and safeguard of single identities** – In the last decades, groups or newly recognized groups have addressed their claims of recognition to constitutional and supreme courts, asking for the protection of their rights on equal terms with the majority, but at the same time the protection of their own identities. The article argues that new claims of recognition are transforming constitutional judicial discourse. Moving from constitutional and supreme court cases on equal marriage, it emphasizes a major shift in the use of arguments of equality. The article suggests that courts are departing from traditional standards of review and are instead adopting judicial arguments based on the relationship between equality and dignity.

**Keywords:** Fundamental rights, Pluralism, Same-sex marriage, Dignity, Equality.

2151

---

## 1. Premessa

Nel 1991 A.M. Schlesinger jr. constatò come nel momento in cui si superavano le contrapposizioni ideologiche indotte dalla guerra fredda il mondo si accingesse ad entrare in un'era "ancor più pericolosa" di contrapposizioni etniche e razziali<sup>1</sup>. Guardando in particolare agli Stati Uniti – nati dalla duplice aspirazione all'unità federale ("*e pluribus unum*") e alla creazione di un unico popolo ("*one people*"), ma con la contraddittoria tolleranza della schiavitù e della segregazione razziale – Schlesinger presagì l'inasprimento della tensione tra l'ideale dell'unità (*unicity first*) e quello della frammentazione su base etnica e razziale (*ethnicity first*)<sup>2</sup>. Nel rilevare, infatti, come "la popolazione americana fosse indubbiamente diventata ancor più eterogenea che in passato", Schlesinger osservò che "questa stessa eterogeneità rende ancor più pressante la ricerca di ideali unificanti e di una cultura comune"<sup>3</sup>.

L'esperienza degli ultimi trent'anni ha confermato le previsioni di Schlesinger: uno studio condotto nel 2018 dalla Brookings Institution rileva, ad esempio, come negli Stati Uniti dall'introduzione della riforma delle leggi sull'immigrazione nel 1965, la percentuale di immigranti di prima generazione si sia triplicata, passando da meno del 5% al 14%<sup>4</sup>, mentre recenti sondaggi rivelano come, indipendentemente dall'orientamento politico degli intervistati, negli ultimi

---

<sup>1</sup> A.M. Schlesinger jr. *The Disuniting of America*, New York-London, 1991, 10 ss.

<sup>2</sup> *Ivi*, 23.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> W.A. Galston, *Is Increasing Diversity Positive for the U.S.?*, in [www.brookings.edu](http://www.brookings.edu), 19 luglio 2018.

dieci anni l'immigrazione sia percepita dai cittadini americani come il primo problema del paese<sup>5</sup> ed il paese sia diviso circa la positività o negatività della diversità etnica e razziale.

La tendenza non è propria solo di paesi come gli Stati Uniti, caratterizzati sin dalle loro origini da un forte pluralismo etnico, sociale e culturale. Uno studio recente ha dimostrato analoghe tendenze in Europa, rilevando che mentre in passato i populismi erano principalmente alimentati dalla preoccupazione per la situazione economica, oggi anche nei paesi europei in cui la prevalente percezione della popolazione circa la situazione economica è positiva, è soprattutto l'immigrazione ad essere percepita come un problema<sup>6</sup>.

Sin dagli anni Novanta il differenzialismo ha tuttavia caratterizzato tutto il dibattito sui diritti umani negli Stati Uniti ed in Europa<sup>7</sup>. Ne sono espressione, infatti, gli studi sulla tutela delle minoranze linguistiche e culturali in Europa<sup>8</sup>, le istanze di tutela delle popolazioni indigene negli Stati Uniti, in Canada, in Australia, Russia e America Latina<sup>9</sup>, i movimenti anti-assimilazionisti degli Afro-Americani, il dibattito sulla riforma dell'istruzione scolastica ed universitaria americana<sup>10</sup>. Significativo della tendenza alla valorizzazione delle differenze storico-culturali è anche il controverso dibattito, avviato negli anni 2000 negli Stati Uniti, sulla cd. appropriazione culturale, secondo cui l'uso non autorizzato di simboli, espressioni culturali, manufatti o altri elementi propri di una cultura da parte di soggetti appartenenti ad un'altra cultura costituirebbe una forma di mancanza di rispetto e di oppressione e spoliazione<sup>11</sup>.

Sul piano del riconoscimento delle identità personali (*identity politics*), nel presupposto che una piena attuazione dell'eguaglianza non implichi solo un'equa distribuzione della ricchezza, ma anche il giusto riconoscimento della dignità della persona e del suo ruolo sociale<sup>12</sup>, devono collocarsi anche le lotte condotte in tutto il mondo dai movimenti LGBTQ il cui principale obiettivo, negli ultimi venti anni, è stato l'introduzione del matrimonio egualitario e, dunque, il riconoscimento della parità di trattamento rispetto alle persone di sesso diverso in relazione al matrimonio ed alla filiazione. Tuttavia, in questo contesto non mancano,

<sup>5</sup> Più precisamente i sondaggi americani rivelano percentuali oscillanti tra il primo ed il secondo posto per la percezione dell'immigrazione come problema maggiormente sentito dalla popolazione (rispetto alla scarsa qualità della classe politica dirigente). Si v. Gallup, *Most important problem*, aprile 2019 (consultabile all'indirizzo [news.gallup.com/poll/1675/most-important-problem.aspx](https://news.gallup.com/poll/1675/most-important-problem.aspx)).

<sup>6</sup> Pew Research Center, *Populist Views in Europe: It's not Just the Economy*, 19 luglio 2018, ma si v. anche *Europeans not convinced growing diversity is a good thing, divided on what determines national identity*, 11 luglio 2016 ([www.pewresearch.org](http://www.pewresearch.org)).

<sup>7</sup> R. Brubaker, *The return of assimilation? Changing perspectives on immigration and its sequels in France, Germany, and the United States*, in *Ethnic and Racial Studies*, 2001, 24, 531 in ss. in part. 532.

<sup>8</sup> M. Keating, *Nations Against the State: the New Politics of Nationalism in Quebec, Catalonia and Scotland*, New York, 1996.

<sup>9</sup> Per tutti, W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995.

<sup>10</sup> N. Glazer, *We Are All Multiculturalists Now*, Cambridge, MA, 1997; G.B. Nash, *History on Trial: Culture Wars and the Teaching of the Past*, New York, 1997.

<sup>11</sup> La tesi affonda le proprie radici negli studi sul "colonialismo culturale" condotti negli anni Settanta (si v. K. Coutts-Smith, *Some General Observations on the Problem of Cultural Colonialism*, 1976 rist. in *The Myth of Primitivism*, London-New York, 1991, 5 ss.). Si v., per una nota critica sulla *cultural appropriation*, M. Rappaport, *The Illogic of Cultural Appropriation*, in [www.lawliberty.org](http://www.lawliberty.org).

<sup>12</sup> I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, 1990.



soprattutto da parte delle correnti femministe, posizioni critiche che rilevano i presupposti etero-normativi del matrimonio ed il suo carattere “normalizzante”, con la conseguenza che la sua generale estensione alle coppie dello stesso sesso si sostanzierebbe in una negazione dell’eguaglianza e della libertà individuale<sup>13</sup>.

L’aspirazione al riconoscimento delle minoranze emerge, dunque, oggi in primo luogo sul piano sociale ove, come sottolinea Taylor, “le identità si formano in un dialogo aperto, che non prende la forma di un copione sociale predefinito”. Tuttavia, la politica del riconoscimento attiene, al tempo stesso, “alla sfera intima, dove si intende la formazione delle identità e del sé come un dialogo ed una lotta ininterrotta con gli altri”. Le due opposte visioni finiscono, quindi, per confliggere: da un lato, il principio di eguale rispetto impone di trattare gli esseri umani in modo cieco alle differenze, nel presupposto dell’eguale valore di tutti gli individui; dall’altro, di riconoscere o coltivare le diversità stesse prendendo atto non solo dell’eguale valore di tutti gli individui, ma anche dell’“eguale valore di ciò che essi hanno ricavato di fatto da questa potenzialità”.<sup>14</sup>

Questa considerazione induce parte della dottrina a constatare come oggi “assimilazione e diversificazione procedano parallelamente, secondo un percorso del tutto nuovo”.<sup>15</sup> Come ha osservato M.R. Ferrarese nei suoi studi sul linguaggio transnazionale dei diritti, ne scaturisce quindi un paradosso, in cui se “per un verso, sembra che mai come oggi si sia andati così vicini ad un’eccezione universalistica dei diritti, che vale per tutti, a dispetto di ogni diversità di nazione, razza, religione, Stato, sesso”, dall’altro “mai come oggi le valenze culturali e storiche dei diritti sono state così evidenti e scoperte”<sup>16</sup>. Ciò fa sì che sul piano giuridico le “richieste di riconoscimento dei vari diritti si sommino “senza arrivare ad una selezione che sia universalmente condivisa”, per cui “come mai nel passato la questione giuridica dei diritti sia esposta alle coloriture storiche, sociali e culturali delle diverse società”<sup>17</sup>. Negli Stati Uniti Yoshino usa l’espressione “*pluralism anxiety*” per descrivere l’emergere di molteplici istanze di riconoscimento e tutela da parte di gruppi e minoranze che caratterizza l’attuale dibattito politico e giuridico sui diritti<sup>18</sup>.

Questi sviluppi sono resi evidenti dall’allargamento dei fattori di discriminazione nelle Carte internazionali dei diritti. Mentre, infatti, l’art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (di seguito CEDU) sancisce il divieto di discriminazione in base “al sesso, alla razza, al colore, alla lingua, alla religione e ad altre opinioni, alle origini nazionali e sociali, all’associazione con una minoranza nazionale, alla proprietà, alla nascita ed ad ogni altro status”, il più recente art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea estende tale divieto ad ulteriori fattori quali “le origini etniche e sociali, i caratteri genetici, il credo, la disabilità, l’età e l’orientamento sessuale”. Questa evoluzione «contribuisce a testimoniare un’attitudine del diritto a seguire la persona sempre

<sup>13</sup> Si v. C. Franke, *Wedlocked. The Perils of Marriage Equality*, New York, 2015, in part. 113; J. Butler, *Is Kinship always Already Heterosexual?*, in *Differences. A Journal of Feminist Cultural Studies*, 2002, 13, 16 ss. Per un quadro generale su questo dibattito, C. Chambers, *Against Marriage. An Egalitarian Defence of the Marriage-Free State*, Oxford, 2017, in part. 11 ss.

<sup>14</sup> C. Taylor, *The Politics of Recognition*, in A. Gutmann (ed), *Multiculturalism and “The Politics of Recognition”*, Chicago, 1992, 29.

<sup>15</sup> M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, 161.

<sup>16</sup> *Ivi*, 161.

<sup>17</sup> *Ivi*, 160. Su differenzialismo ed assimilazionismo nell’esperienza francese, tedesca e degli Stati Uniti, si v. Brubaker, *The return of assimilation?*, cit., 535 ss.

<sup>18</sup> K. Yoshino, *The New Equal Protection*, in 124 *Harv. L. Rev.* 747 (2015), in part. 747 ss.

più da vicino, a considerarla nella sua integralità, a farne emergere sempre più nettamente l'unicità»<sup>19</sup>.

A fronte di questi sviluppi, le corti, ed in particolare le corti supreme e costituzionali, sono spesso le prime ad essere chiamate ad offrire risposte alle minoranze o ai gruppi che chiedono tutela dei propri diritti o invocano il riconoscimento o la valorizzazione delle proprie identità. In questo scritto mi propongo di svolgere alcune considerazioni sui cambiamenti che le nuove richieste di riconoscimento avanzate dalle minoranze hanno determinato sia sul piano delle tecniche di decisione del giudice costituzionale che dell'uso del parametro di costituzionalità. Mi soffermerò in particolare sul principio di eguaglianza per spiegare le ragioni per cui, mentre in passato le corti costituzionali avevano perlopiù ampliato o specificato i fattori di discriminazione vietati, oggi esse tendano ad evitarne i tradizionali *standard of review* e preferiscano, invece, sviluppare il principio dell'eguaglianza in connessione con la dignità e la libertà individuale. Per raggiungere queste conclusioni muoverò dalla significativa giurisprudenza sul matrimonio egualitario, dal momento che negli ultimi quindici anni molte corti costituzionali e supreme si sono pronunciate sul tema e le pronunce presentano fra di loro evidenti analogie, sia sul piano degli argomenti che dei parametri invocati.

2154

## **2. Il profilo della tutela dell'eguaglianza nelle nuove istanze di riconoscimento: l'esempio della giurisprudenza sul matrimonio egualitario**

Si può affermare che il dibattito scientifico e politico sull'introduzione sui diritti LGBTQ ed, in particolare, sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, parli il linguaggio dell'eguaglianza.

Il principio di eguaglianza inteso in senso formale costituisce, infatti, la premessa su cui le coppie *same-sex* fondano la propria richiesta di accesso all'istituto del matrimonio: assumendo che non ci sia differenza tra la relazione affettiva che unisce due persone dello stesso sesso a quella di due persone di sesso diverso, le coppie chiedono pari garanzia del diritto fondamentale di contrarre matrimonio. Al contrario, coloro che negano il riconoscimento di questo diritto a prescindere dall'orientamento sessuale dei nubendi, assumono in premessa che le coppie dello stesso sesso non possano dirsi analoghe a quelle di sesso diverso<sup>20</sup>.

Sul piano sostanziale, nelle pronunce delle corti costituzionali sul matrimonio tra persone dello stesso sesso il parametro dell'eguaglianza entra in considerazione sotto molteplici aspetti. Le coppie dello stesso sesso riconducono, in primo luogo, il principio di eguaglianza al valore sociale ed "espressivo" del

<sup>19</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2013, capitolo III.

<sup>20</sup> È, quindi, per questo motivo che – sia consentito rinviare a *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, Hart Publishing, 2017, 141 – l'espressione "matrimonio egualitario" deve ritenersi più opportuna: la formula rinvia, infatti, all'idea che il diritto fondamentale al matrimonio debba essere riconosciuto a prescindere dalle caratteristiche personali dei nubendi. Ed è sempre per questo motivo che a mio parere è improprio qualificare i diritti delle coppie *same-sex* come "nuovi diritti": non esiste infatti, come ha peraltro sostenuto anche la Corte Suprema degli Stati Uniti nella celebre sentenza *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), in part. 2602, un "diritto al matrimonio *same-sex*", ma esiste piuttosto un diritto fondamentale al matrimonio "senza aggettivi". Sul tema, K. Yoshino, *A New Birth of Freedom?*, 129 *Harvard L. Rev.* 147 (2016), 165.

matrimonio<sup>21</sup>. Il matrimonio costituisce, infatti, un istituto dalla forte connotazione sociale e ha altresì un valore “espressivo”: dichiarando di volersi unire in matrimonio alla presenza di testimoni, di amici e parenti, le coppie non solo danno alla propria unione un rilievo giuridico, ma al tempo stesso confermano e rafforzano il proprio legame sul piano sociale. Il dibattito sul matrimonio egualitario ruota essenzialmente intorno al suo valore espressivo e sociale: sin dal 1994 larga parte dei movimenti fecero, infatti, propria l’idea che il diritto al matrimonio dovesse essere riconosciuto anche alle coppie *same-sex* dal momento che attraverso questo istituto “due persone intendono rendere una dichiarazione pubblica in merito alla propria relazione, approvata dallo stato, dalla comunità nel suo complesso, e per alcuni anche dalla propria comunità religiosa”<sup>22</sup>.

Le corti costituzionali hanno spesso fatto proprio questo argomento riconoscendo la necessità di garantire anche alle coppie *same-sex* pari accesso al matrimonio in considerazione della rilevanza dell’istituto sia sul piano individuale che su quello sociale. In *Halpern v. Canada*, ad esempio, la Corte di Appello dell’Ontario accolse l’argomento avanzato dalle coppie ricorrenti sostenendo che “il matrimonio è senza dubbio una delle più significative relazioni personali. Per secoli, infatti, esso è stato un elemento fondante dell’organizzazione sociale in molte parti del mondo. Attraverso l’istituto del matrimonio, gli individui possono esprimere pubblicamente il loro amore ed il loro impegno reciproco. Attraverso questo istituto, la società riconosce pubblicamente espressioni di amore ed impegno tra gli individui, garantendo loro rispetto e legittimazione come coppie. Questo riconoscimento pubblico e la sanzione matrimoniale riflettono l’approvazione da parte della società delle speranze personali, dei desideri e delle aspirazioni sottese alle relazioni affettive dei coniugi. Ciò può solo accrescere la percezione da parte dell’individuo del proprio valore e della propria dignità”<sup>23</sup>.

Analogamente, molte corti degli Stati Uniti e del Canada<sup>24</sup> – sia a livello statale/provinciale che federale – hanno sottolineato che il matrimonio costituisce molto più di un “contratto” per tutte le coppie: il matrimonio implica, infatti, dignità, rispetto e valore della persona. La più netta affermazione del valore sociale ed espressivo del matrimonio e dell’importanza di garantire pari accesso a tale

<sup>21</sup> Sul tema, M. Nussbaum, *From Disgust to Humanity*, 129, ma si v. nella giurisprudenza *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct., 2601 (“*Just as a couple vows to support each other, so does society pledge to support the couple, offering symbolic recognition and material benefits to protect and nourish the union*”).

<sup>22</sup> E. Wolfson, *Crossing the Threshold: Equal Marriage Rights for Lesbians and Gay Men and the Intra-Community Critique*, in 21 *New York University Review of Law and Social Change* 567 (1994), in part. 579. Per un orientamento contrario si v. *supra*, in nota 13.

<sup>23</sup> *Halpern v Canada*, (2003) 65 OR 3d 161 (Can. Ont. CA), § 3.

<sup>24</sup> Per alcuni significativi esempi: *In re marriage cases* 43 Cal 4th 757 (2008), 830–31 (“*One of the core elements of the fundamental right to marry is the right of same- sex couples to have their official family relationship accorded the same dignity, respect, and stature as that accorded to all other officially recognized family relationships*”); *Goodridge v Department of Public Health*, 440 Mass 309, 329; *Lewis v Harris*, 188 NJ 415 (2006), 458 (“*Plaintiffs seek not just legal standing, but also social acceptance, which in their view is the last step toward true equality*”); *Perry v Brown*, 671 F 3d 1052 (9th Cir 2012) 1078 (“*the word “marriage” has a unique meaning, and there is a significant symbolic disparity between domestic partnership and marriage. It is the designation of “marriage” itself that expresses validation, by the state and the community, and that serves as a symbol, like a wedding ceremony or a wedding ring, of something profoundly important*”); *Varnum v Brien*, 763 NW 2d 862 (2009), 883 (“*the plaintiffs are similarly situated compared to heterosexual persons. Plaintiffs are in committed and loving relationships, many raising families, just like heterosexual couples. Moreover, official recognition of their status provides an institutional basis for defining their fundamental relational rights and responsibilities, just as it does for heterosexual couples*”).

istituto nel rispetto della dignità umana si rinviene nelle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>25</sup>: il giudice Kennedy sottolinea, infatti, in *Obergefell* che “la unione per la vita di un uomo e di una donna ha sempre promesso nobiltà e dignità alle persone, senza riguardo alla loro condizione sociale. Il matrimonio è sacro per coloro che sono religiosi e per costituisce una realizzazione unica per coloro che vivono la propria vita secolarmente. Le dinamiche del matrimonio consentono a due persone di realizzare una vita che non potrebbero trovare da sole, poiché il matrimonio è più grande delle due singole persone. Poiché nasce dai bisogni umani più basilari, il matrimonio è essenziale per le nostre speranze ed aspirazioni”<sup>26</sup>. Nel riferirsi poi alle finalità del matrimonio, Kennedy osserva che “la natura del matrimonio è tale per cui attraverso un legame duraturo due persone insieme possono anche realizzare altre libertà connesse all’ espressione, all’intimità ed alla spiritualità. Vi è dignità nel legame tra due uomini e donne che intendono sposarsi e nella loro libertà ed autonomia riguardo alle scelte più profonde”<sup>27</sup>. Per questo motivo, conclude che le legge statali che vietano il matrimonio alle coppie *same-sex* “sono intrinsecamente discriminatorie”: “le coppie *same-sex* chiedono di non essere condannate alla solitudine, escluse da uno dei più antichi istituti della civiltà. Esse chiedono eguale dignità (*equal dignity*) di fronte alla legge. La Costituzione garantisce loro tale diritto”<sup>28</sup>.

2156

Anche la Corte costituzionale del Sud Africa ha messo in evidenza il valore espressivo del matrimonio, evidenziando il nesso tra eguaglianza, dignità e diritto all’autodeterminazione delle coppie dello stesso sesso. Nella sentenza *Fourie* del 2005 sul matrimonio egualitario, il giudice Sachs scrive, infatti, che “il diritto di celebrare la propria unione, significa [per le coppie *same-sex*] molto più del diritto di contrarre un legame giuridico dalle conseguenze significative e per quanto importanti. Esso rappresenta un traguardo simbolico nel lungo percorso delle corti verso l’eguaglianza e la dignità”<sup>29</sup>. Pertanto, osserva che “lo stigma del passato e la continua discriminazione contro i gay e le lesbiche recava un chiaro messaggio, in particolare che essi – sia come individui che come coppie – non avevano la dignità e non erano meritevoli di eguale rispetto come gli eterosessuali e le loro relazioni. ... Negava ai gay ed alle lesbiche i principi di eguaglianza e di dignità che sono strettamente connessi fra loro, poiché tutte le persone hanno lo stesso valore e dignità come esseri umani, quali che siano le loro differenze”<sup>30</sup>.

In secondo luogo, il principio di eguaglianza viene in considerazione nella giurisprudenza sul matrimonio egualitario in relazione al godimento dei diritti ed dei benefici che discendono da tale istituto e all’uscita delle coppie *same-sex* dal loro isolamento”<sup>31</sup>. Come è stato affermato anche in Italia dopo l’approvazione della legge sulle unioni civili<sup>32</sup> – in cui, com’è noto, si accoglie il modello tedesco,

<sup>25</sup> *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013) che dichiarò l’illegittimità costituzionale della definizione di coniuge e matrimonio a livello federale come riferita alle sole coppie di sesso diverso ed il già citato caso *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015) che riconobbe il carattere fondamentale del diritto al matrimonio a prescindere dal sesso dei nubendi e la illegittimità costituzionale delle leggi che a livello statale negavano alle coppie *same-sex* tale diritto o impedivano loro di ottenere il riconoscimento dei matrimoni celebrati in altri stati.

<sup>26</sup> *Obergefell v Hodges*, 135 S.Ct., in part. 2594.

<sup>27</sup> *Obergefell v Hodges*, 135 S. Ct., 2594.

<sup>28</sup> *Obergefell v Hodges*, 135 S. Ct., 2608.

<sup>29</sup> *Minister of Home Affairs and Another v Fourie*, Case CCT 60/04 [2005] ZACC 19, § 137.

<sup>30</sup> *Minister of Home Affairs and Another v Fourie*, § 50.

<sup>31</sup> *Hendricks c. Québec*, cit., § 39.

<sup>32</sup> Legge 20 maggio 2016, n. 76.

austriaco e svizzero<sup>33</sup> del cd. doppio binario<sup>34</sup>, riservando il matrimonio solo alle coppie di sesso diverso – l’esclusione dall’istituto matrimoniale di una parte delle coppie e la scelta di riservare ad esse un istituto *ad hoc*, fa di esse delle persone di serie B, reiterando di fatto il principio del “*separate but equal*” che aveva in passato giustificato forme di discriminazione come la segregazione razziale<sup>35</sup>.

Anche a questo riguardo, il principio di eguaglianza viene letto dalle corti in connessione con il valore della dignità umana e la libertà di autodeterminazione. In *Lewis v. Harris*<sup>36</sup>, per esempio, la Corte Suprema del New Jersey ha sottolineato come la legge sulle unioni civili, negando alle coppie *same-sex* la totalità dei diritti derivanti dal matrimonio, costituisca una violazione della dignità umana e dell’autonomia individuale. Anche la Supreme Judicial Court del Massachusetts ha richiamato il valore della dignità umana in connessione con l’eguaglianza e la libertà nella sua celebre sentenza *Goodridge*<sup>37</sup> sul matrimonio egualitario e la Corte Suprema della California in *In Re Marriage Cases*, ha osservato come “la mancata qualificazione di una relazione ufficiale tra persone dello stesso sesso come «matrimonio»”<sup>38</sup> costituisca una violazione della dignità ed eguaglianza.

La stessa Corte Suprema, sin dalla pronuncia *Windsor v. United States*, relativa alla definizione a livello federale di “matrimonio”, ha sottolineato come “l’interesse degli Stati a definire e regolare la relazione matrimoniale, derivi dalla consapevolezza che il matrimonio è più di uno status di routine giustificato dall’esigenza di ottenere il riconoscimento di alcuni benefici di legge ... Nel consentire [i matrimoni *same-sex*] lo Stato di New York ha cercato di dare ulteriore protezione e dignità a quel legame”<sup>39</sup>.

La Corte Suprema ha ribadito in seguito questi principi nella sentenza *Obergefell* del 2015: dopo aver ricordato come nella storia degli Stati Uniti “gli stati abbiano attraverso il matrimonio ampliato l’elenco dei diritti e dei benefici statali [riconosciuti alle coppie]” ponendo questo istituto “al centro di molti aspetti dell’ordine sociale e giuridico”, ha ricordato come “non vi è differenza tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso con riferimento a tale principio”. Tuttavia, ha aggiunto, “in ragione della loro esclusione da tale istituto, le coppie

<sup>33</sup> Sul tema, per tutti, G. Repetto, *At the Crossroads Between Privacy and Community: the Legal Status of Same-Sex*

*Couples in German, Austrian and Swiss law*, in D. Gallo, L. Paladini, Pustorino (eds), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, 2015, 263 ss..

<sup>34</sup> F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frammenti europei di famiglia*, in *Riv. Dir. civ.*, 2013, 767, in part. 774; S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 958 ss., in part. 959.

<sup>35</sup> WN Eskridge Jr, *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet*, Cambridge MA 1999.

<sup>36</sup> *Lewis v Harris*, 188 N.J. 415 (2006), in part. 452 (“*It is difficult to understand how withholding the remaining rights and benefits from committed same-sex couples is compatible with a reasonable conception of basic human dignity and autonomy. There is no rational basis for, on the one hand, giving gays and lesbians full civil rights in their status as individuals, and, on the other, giving them an incomplete set of rights when they follow the inclination of their sexual orientation and enter into committed same-sex relationships*”).

<sup>37</sup> *Goodridge v Department of Public Health*, 440 Mass 309 (2003), in part. 312 (“*The core concept of common human dignity protected by U.S. Const. amend. XIV precludes government intrusion into the deeply personal realms of consensual adult expressions of intimacy and one’s choice of an intimate partner. The central role that decisions whether to marry or have children bear in shaping one’s identity has been reaffirmed. The Massachusetts Constitution is, if anything, more protective of individual liberty and equality than the United States Constitution; it may demand broader protection for fundamental rights; and it is less tolerant of government intrusion into the protected spheres of private life*”).

<sup>38</sup> *In Re Marriage cases*, 43 Cal 4th 757 (2008), in part. pp. 770–80.

<sup>39</sup> *United States v. Windsor*, 133 S Ct, pp. 2692–93.

dello stesso sesso sono state private di tutto l'insieme di diritti che gli Stati hanno fatto derivare dal matrimonio. Questa lesione ha delle conseguenze che non sono solo materiali in quanto consegna le coppie all'instabilità, in un modo che le stesse coppie di sesso diverso non riterrebbero tollerabile per il loro stesse vite. [...] L'esclusione ha l'effetto di insegnare ai gay ed alle lesbiche che essi sono diseguali sotto molti aspetti. Li priva di valore escludendoli da un istituto che è centrale per la società degli Stati Uniti"<sup>40</sup>.

Un'analoga prospettiva è stata fatta propria anche dalla Corte Suprema del Canada ha in particolare sottolineato come "l'esclusione [delle coppie dello stesso sesso dal matrimonio] perpetui l'idea che le relazioni *same-sex* abbiano meno valore e siano meno degne di riconoscimento delle relazioni tra persone di sesso diverso" e "ciò lede la dignità di coppie in relazioni omosessuali"<sup>41</sup>. Così anche in *Egan v. Canada*, la stessa Corte ha sottolineato che "eguaglianza significa che... la società non può tollerare le distinzioni legislative che trattano certe persone come cittadini di serie-B, che le privano del loro valore e li trattano come dotati di minore capacità o che altrimenti offendono la dignità umana"<sup>42</sup>.

Sulla stessa linea, la Corte Suprema del Sud Africa nel già citato caso *Fourie* ha osservato che "lo stigma del passato e la continua discriminazione contro i gay e le lesbiche recava un chiaro messaggio, in particolare che essi – sia come individui che come coppie – non avevano la dignità e non erano meritevoli di eguale rispetto come gli eterosessuali e le loro relazioni. ... Negava ai gay ed alle lesbiche i principi di eguaglianza e di dignità che sono strettamente connessi poiché tutte le persone hanno lo stesso valore e dignità come esseri umani, quali che siano le loro differenze".<sup>43</sup>

Anche le corti costituzionali europee hanno ricondotto la garanzia dell'eguaglianza nei diritti e nei doveri conseguenti al matrimonio al rispetto della dignità delle persone gay e lesbiche: il Tribunale costituzionale spagnolo, per esempio, nel caso n. 198 del 2012<sup>44</sup> ha sottolineato come il matrimonio egualitario "implichi rispetto per il loro orientamento sessuale" e ha definito tale conquista come "un passo in avanti per garanzia della dignità personale e del principio del libero sviluppo della personalità in base all'art. 10, comma 1, della Costituzione Spagnola che si pongono a fondamento dell'ordine costituzionale spagnolo"<sup>45</sup>. Il Tribunale costituzionale portoghese, nella sentenza del 2010 sul matrimonio<sup>46</sup>, ha dichiarato analogamente che l'accesso a tale istituto discende dal principio di eguaglianza così come "da altri valori come la dignità" di cui all'art. 1 della Costituzione portoghese. Infine, la Corte Suprema inglese in *Ghaidan v. Godin-Mendoza* ha sottolineato che "la garanzia dell'eguaglianza è essenziale per la democrazia", poiché "la democrazia si fonda sull'idea che tutti gli individui abbiano eguale valore". Pertanto, "trattare alcuni come meno dotati di valore ... non solo causa loro dolore e sofferenza, ma viola la loro dignità come esseri umani"<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> *Obergefell v Hodges*, 135 S Ct, 2601–02.

<sup>41</sup> *Halpern v Canada*, cit., § 107.

<sup>42</sup> *Egan v Canada*, [1995] 2 SCR513, § 104–05.

<sup>43</sup> *Minister of Home Affairs and Another v Fourie*, cit., § 70.

<sup>44</sup> Tribunale costituzionale, sentenza n. 198, 6 novembre 2012, § 9.

<sup>45</sup> *Ivi*, § 11.

<sup>46</sup> Sentenza n. 121 del 2010, 8 aprile 2010, § 19.

<sup>47</sup> *Ghaidan v Godin-Mendoza*, [2004] UKHL 30, in part. 132 (Baroness Hale).

### 3. Dalla identificazione dei fattori di discriminazione sospetti di incostituzionalità all'intreccio tra eguaglianza, dignità e libertà

Questa breve rassegna degli argomenti sviluppati dalle corti costituzionali nelle sentenze sul matrimonio egualitario rivela la tendenza delle corti ad utilizzare il parametro dell'eguaglianza in stretta connessione con i principi di libertà e dignità umana<sup>48</sup>. Le pronunce sul matrimonio egualitario si pongono in linea con altri ambiti della giurisprudenza sui diritti in cui – com'è stato autorevolmente osservato – emerge analogamente “un intreccio complesso tra esistenza, libertà e dignità (che si vuole non solo individuale, ma ‘sociale’), sviluppo della personalità (in una dimensione segnata dall'eguaglianza)”<sup>49</sup>.

L'intreccio tra eguaglianza, dignità e libertà ha suscitato un vivo interesse da parte della dottrina degli Stati Uniti ove, com'è noto, la Costituzione – per le sue matrici storiche e culturali – non contiene alcun riferimento alla dignità: anche in quell'esperienza, come dimostrano le citazioni sopra richiamate, la Corte Suprema ha, infatti, negli ultimi quindici anni richiamato sempre più di frequente la dignità in connessione con l'eguaglianza e la libertà, abbandonando più i tradizionali *standard of review* basati sulla garanzia dell'eguaglianza di cui al V Emendamento e alla *Equal protection clause* del XIV Emendamento.

Nella sua più risalente giurisprudenza la Corte Suprema aveva, infatti, elaborato alcune tecniche di giudizio che muovevano dalla tipologia di fattore preso in considerazione dal legislatore (federale o statale) per introdurre delle disparità di trattamento. Alcuni fattori di classificazione sono stati considerati dalla Corte di per sé “sospetti” (*suspect classifications*) di incostituzionalità (come il sesso<sup>50</sup>, la razza<sup>51</sup>, l'origine nazionale<sup>52</sup>) e tali da imporre un attento e rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale della legge (cd. *heightened scrutiny*)<sup>53</sup>.

La dottrina maggioritaria qualificava tale scrutinio come “*fatal in fact*”<sup>54</sup>, dal momento che la sua applicazione si risolveva pressoché generalmente in una

<sup>48</sup> Sul significato ed il valore della dignità, nella vastissima dottrina, per tutti, G. Dürig, *Art. 1*, in Maunz, Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1958; Grossi, *La dignità nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cui di M. Siclari, Torino, 2003, 3p. 1 ss; M. Herdegen, *Art. 1* in Maunz, Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 2009; J. Luther, *Ragionevolezza e dignità umana*, in AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, a cura di A. Cerri, Roma, 2007, 185 ss.; C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European J. Int. L.* (2008); M. Panebianco, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Dir. Soc.*, 2002, 151; A. Pirozzoli, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli-Roma, 2012; A. Podlech, *Art. 1 in Alternativkommentar zum Grundgesetz*, vol. I, Neuwied, 1989; N. Rao, *Three Concepts of Dignity*, in 86 *Notre Dame L. Rev.* 183 (2011); Ridola, *La dignità dell'uomo e il “principio libertà” nella cultura costituzionale europea*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010 e ora in *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, a cura di R. Nania, Giappichelli, Torino, 2012, 61 ss.; E. Ripepe, *Sulla dignità umana e alcune altre cose*, 2014; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.*, 1991, 343 ss.; M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal “diritto alla sicurezza” alla “sicurezza dei diritti”*, Napoli, 2012; U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009.

<sup>49</sup> S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., capitolo V.

<sup>50</sup> *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

<sup>51</sup> *Loving v. Virginia*, cit., 388 U.S., in part. 11.

<sup>52</sup> *Oyamav. California*, 332 U.S. 633, 645–46 (1948); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) (relative alle discriminazioni verso la minoranza giapponese durante la II Guerra mondiale).

<sup>53</sup> Per tutti, L. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, 1988, 400 ss. e 518 ss.

<sup>54</sup> L'espressione è di G. Gunther, *In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: a Model for a Newer Equal Protection*, in 86 *Harv. L. Rev.* 1 (1972) in part. 8 ma si v. anche Yoshino, *The*

dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge. Le disparità di trattamento fondate su altri fattori di discriminazione (come l'età<sup>55</sup>, la disabilità<sup>56</sup>) venivano, invece, valutate dalla Corte Suprema in base ad uno *standard of review* meno rigoroso che spesso si concludeva con una pronuncia di rigetto. Ne sono un esempio le prime pronunce sulle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale in cui la Corte aveva finito per avallare scelte discriminatorie dei legislatori statali (come, ad esempio, le leggi che sanzionavano penalmente gli atti di sodomia<sup>57</sup>) e per concludere per l'incostituzionalità degli stessi emendamenti costituzionali che vietavano le discriminazioni verso le persone gay e lesbiche nell'accesso a beni e servizi<sup>58</sup>.

Fino alla fine degli anni Settanta, la Corte Suprema ha progressivamente ampliato l'elenco dei fattori di discriminazioni vietati, in linea con le indicazioni contenute nella celebre "*footnote n. 4*" del caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938) secondo cui il compito della Corte Suprema dovesse essere quello di correggere i difetti della democrazia pluralista<sup>59</sup>. Il "*prejudice against discrete and insular minorities*" giustificava, si disse, un più penetrante controllo di legittimità costituzionale al fine di garantire alle stesse minoranze la partecipazione al processo democratico. Questo orientamento giurisprudenziale che aveva posto fine all'orientamento conservatore della Corte del periodo precedente il *New Deal* (cd. *Lochner era*<sup>60</sup>) aveva aperto la strada alla stagione dei diritti civili ed al superamento della segregazione razziale.

Dalla fine degli anni Settanta la spinta propulsiva della *footnote n. 4* si può ritenere esaurita. La Corte ha posto, infatti, un freno all'ampliamento dei fattori di discriminazione e sia gli stessi giudici della Corte Suprema<sup>61</sup> che la dottrina<sup>62</sup> hanno espresso perplessità non solo in merito all'efficacia delle indicazioni formulate nella *footnote* nel rispondere alle esigenze di tutela delle minoranze nell'attuale società americana, ma anche sul piano delle sue conseguenze sul ruolo e la legittimazione della stessa Corte Suprema. Yoshino ha osservato come sia stata la stessa "*pluralism anxiety*" ad operare "come un serio ostacolo al riconoscimento

*New Equal Protection*, cit., 755-6.

<sup>55</sup> *Mass. Bd. of Ret. v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976).

<sup>56</sup> *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc.*, 473 U.S. 432 (1985).

<sup>57</sup> *Si v. Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

<sup>58</sup> *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

<sup>59</sup> *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), *footnote n. 4*.

<sup>60</sup> Sino agli anni Trenta del 1900, infatti, la Corte Suprema aveva sistematicamente dichiarato l'illegittimità costituzionale della legislazione sociale del Congresso e dei legislatori statali. Celebre la sentenza *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) – da cui il nome di *Lochner era* – con cui la Corte Suprema dichiarò l'illegittimità costituzionale di una legge dello Stato di New York che poneva limiti all'orario di lavoro dei panettieri. La *Lochner era* si concluse con la sentenza *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) con cui la Corte Suprema *overruled* il caso *Lochner*. Per una ricostruzione di questa giurisprudenza, B.F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, 2a ed., Chicago, 1967 in part. 148 ss.

<sup>61</sup> Si v. le considerazioni del giudice Rehnquist nella sua *dissenting opinion* in *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634, 657 (1973) secondo cui, in una società multiculturale e pluralista come quella americana, la Corte Suprema non può selezionare una minoranza che ritiene degna di tutela e proibire agli Stati di adottare disparità di trattamento che nei suoi confronti. Sulle ulteriori critiche verso l'orientamento espresso nella *footnote n. 4*, si v. Yoshino, *The New Equal Protection*, cit., 758 ss.

<sup>62</sup> Si v. B.A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, in 98 *Harv. L. Rev.* 713 (1985); D.A. Strauss, *Is Carolene Products obsolete?*, in 2010 *U. Ill. L. Rev.* 1251 (2010), in part. 1263 ss.; Yoshino, *The New Equal Protection*, cit., 762.



di forme di tutela giurisprudenziale basate sull'individuazione di specifici fattori di discriminazione"<sup>63</sup>.

Si è quindi osservato che, nell'esperienza più recente, proprio questa "apprensione [...] riguardo alla diversità demografica"<sup>64</sup> ed alle molteplici istanze di riconoscimento "ha indotto la Corte Suprema a sviluppare nuove tecniche di decisione al fine di «fare» eguaglianza in un'era di crescente ansia di pluralismo"<sup>65</sup>. La giurisprudenza sui diritti delle coppie dello stesso sesso che si è in precedenza richiamata rivela molto chiaramente la tendenza della Corte suprema a sviluppare l'argomento della dignità e la sua connessione con la libertà al fine di mitigare la tendenza ad un uso restrittivo dei precedenti *standard of review* fondati sull'eguaglianza e sull'individuazione di nuovi fattori di discriminazione<sup>66</sup>. Sulla stessa linea, Tribe definisce *l'equal dignity*, ossia l'intreccio di libertà ed eguaglianza in rapporto con la dignità, come "il culmine di un progetto lungo decenni che ha rivoluzionato la giurisprudenza della Corte Suprema sui diritti fondamentali"<sup>67</sup>. In senso pressoché analogo, Yoshino – che parla di un nuovo *standard of review* definibile come *antisubordination principle* – ravvisa in esso "il maggiore cambiamento nella dottrina costituzionale" degli anni recenti "con conseguenze sulla giurisprudenza futura"<sup>68</sup>.

Come ho sostenuto in altra sede,<sup>69</sup> ritengo che sia possibile identificare una tendenza analoga anche nella giurisprudenza europea. Nelle pronunce in tema di matrimonio egualitario, infatti, le corti costituzionali europee hanno evitato di definire l'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione, fondando l'illegittimità dell'esclusione delle coppie dello stesso sesso dal matrimonio su un più ampio argomento che chiama in gioco la connessione con il principio della dignità umana. Il Tribunale costituzionale spagnolo, ad esempio, pur avendo in precedenza definito l'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione vietato dall'art. 14 della Costituzione spagnola<sup>70</sup>, nella sua sentenza n. 198 del 2012 sul matrimonio ha ritenuto di basare le proprie conclusioni sull'art. 10, 1 comma, che sancisce il principio della dignità umana e il diritto al libero sviluppo della personalità.

La stessa Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 138 del 2010,<sup>71</sup> ha riconosciuto alle coppie dello stesso sesso "il diritto fondamentale di vivere

<sup>63</sup> Yoshino, *The New Equal Protection*, cit., 763.

<sup>64</sup> *Ibidem*, 747.

<sup>65</sup> *Ibidem*, 750.

<sup>66</sup> Si v. in part. Yoshino, *The New Equal Protection*, cit., 776.

<sup>67</sup> L.H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, in 129 *Harvard Law Review Forum* 16 (2015).

<sup>68</sup> Yoshino, *A New Birth of Freedom?*, cit., 179.

<sup>69</sup> A. Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, 2017, in part. 169.

<sup>70</sup> Cfr., in particolare, STC 41/2006, 13 febbraio 2006

<sup>71</sup> Sulla sentenza, si v. F. Angelini, *I "compromessi sposi": la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; F. Calzaretti, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); P.A. Capotosti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010, 361 sgg.; L. Conte, *"Impara una quantità di cose dai dotti". La vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello specchio della dottrina*, in M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, 2011, 117 sgg.; R. Cherchi, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); Chiassoni, *La grande elusione. Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, 863 ss.; M. Croce, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa*

liberamente una condizione di coppia” *ex art. 2 Cost.*, ma ha qualificato come irrilevante il parametro dell’eguaglianza formale (art. 3 Cost.) ritenendo le coppie dello stesso non assimilabili alle coppie di sesso diverso. E il Conseil constitutionnel francese, nella sua sentenza del 2013 sul marriage pour tous ha sottolineato come “la differenza tra coppie di sesso diverso e coppie dello stesso sesso semplicemente non giustifica più il fatto che le ultime non possano ottenere lo status ed i diritti che derivano dal matrimonio”<sup>72</sup>.

Gli esempi sopra illustrati, insieme con la centralità che la dignità ha acquisito anche nelle pronunce europee in tema di matrimonio, consente dunque di osservare una diversa centralità dell’eguaglianza nella giurisprudenza sui diritti fondamentali. Invece di sottoporre le leggi in tema di matrimonio ai tradizionali *standard of review* – incentrati sulla tipologia di fattore di discriminazione, sul confronto tra situazioni di fatto attraverso i principi di ragionevolezza e proporzionalità - la giurisprudenza sul matrimonio egualitario dimostra la tendenza delle corti costituzionali ad operare una sintesi di libertà ed eguaglianza nel principio di dignità umana<sup>73</sup>. Dalla giurisprudenza sui diritti delle persone gay e lesbiche (ma la considerazione è stata sviluppata da autorevole dottrina anche su un piano più generale) emerge «un intreccio complesso tra esistenza, libertà e

---

*del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); L. D’Angelo, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s’ha da fare”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); Id., *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro It.*, 2010, I, 1367; M. Di Bari, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); D. Galliani, *La Corte costituzionale italiana e il matrimonio tra persone dello stesso sesso: punti di riflessione*, in *Politeia*, 2011, 100, 137 ss.; I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in [www.dircost.unito.it](http://www.dircost.unito.it); A. Melani, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); R. Pinardi, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 11, 527 ss.; A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; Id., *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in [www.retelenford.it](http://www.retelenford.it) e in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); Id., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro It.*, 2010, I, 1369 sgg.; A. Ruggeri, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); G.M. Salerno, *Il vincolo matrimoniale non è suscettibile di “interpretazione creativa”*, in *Famiglia e minori*, suppl. di *Guida Dir.*, 2010, n. 5, 47 sgg.; C. Silvis, *Il matrimonio omosessuale, tra l’art. 29 e l’art. 2 della Costituzione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); S. Sileoni, *Perché la Consulta ha detto no al matrimonio gay. Invitando il Parlamento a non nascondersi*, in [www.libertiamo.it](http://www.libertiamo.it); S. Spinelli, *Il matrimonio non è un’opinione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); Tincani, *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione*, in [www.micromega-online.it](http://www.micromega-online.it) (22 aprile 2010); V. Tondi della Mura, *Le coppie omosessuali fra vincolo (elastico?) delle parole e l’artificio della “libertà”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, fasc. 10.

<sup>72</sup> *Décision* n. 2013-669 DC, 17 maggio 2013, *considérant* n. 22.

<sup>73</sup> G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, 2009, 88 ss.

dignità (che si vuole non solo individuale, ma “sociale”), sviluppo della personalità (in una dimensione segnata dall’eguaglianza)»<sup>74</sup>.

Nelle sentenze sul matrimonio la pretesa delle persone LGBT di vedere tutelata la propria dignità sottintende, quindi, non solo la rivendicazione della libertà di compiere le scelte essenziali della propria vita, ma anche il diritto di vedere riconosciuto il proprio valore e quello delle proprie relazioni personali in condizioni di parità rispetto ad altre “condizioni personali o sociali” tutelate dalle costituzioni nazionali.

#### 4. Conclusioni

I richiami alla dignità umana non sono mai stati così ricorrenti nel dibattito pubblico, né così profondamente esplorati dalla dottrina e della giurisprudenza sui diritti fondamentali tanto da indurre alcuni commentatori a descrivere il “successo” della dignità come un “fenomeno globale”.<sup>75</sup>

Interrogandosi sulle ragioni che spingono le corti e a richiamare la dignità – anche negli ordinamenti in cui (come negli Stati Uniti) tale principio non trova esplicita enunciazione nel dettato costituzionale in dottrina, McCrudden ipotizza che questo principio risponda all’esigenza di mediazione tra un’interpretazione dei diritti fondamentali alla luce delle carte internazionali ed un’interpretazione ispirata alla protezione di istanze locali e nazionali. La dignità, scrive, “ci fornisce uno strumento concettuale per mediare tra le opposte istanze del pluralismo e della ricerca del bene comune in un modo globalizzato. ... Il suo ruolo, in pratica, è quello di consentire di inglobare il contesto locale sotto la parvenza del ricorso ad un principio universale. La dignità in ambito giurisprudenziale, non solo permette di incorporare contingenze locali nell’interpretazione delle disposizioni sui diritti umani, ma al tempo stesso lo impone. La dignità permette a ciascun ordinamento di sviluppare la propria prassi sui diritti umani”<sup>76</sup>.

Ritengo che queste considerazioni siano condivisibili ma che la dignità al tempo stesso fornisca un argomento che consente alle corti di mediare tra le istanze di nuovi gruppi o minoranze ed, al tempo stesso, tra particolarità e pluralismo<sup>77</sup>. L’idea della dignità umana, infatti, fondata sull’intrinseco valore di ogni essere umano, soddisfa l’aspirazione all’universalismo dei diritti umani e agli ideali del costituzionalismo condivisi dalla tradizione giuridica occidentale; tuttavia, come dimostra la giurisprudenza sul matrimonio egualitario, il principio offre alle corti un sostegno argomentativo con cui soddisfare specificità culturali,

---

<sup>74</sup> S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., capitolo V.

<sup>75</sup> Sia consentito rinviare a A. Sperti, *Dignità e tutela del pluralismo nella recente giurisprudenza delle Corti costituzionali: una riflessione muovendo dalle sentenze sul matrimonio egualitario*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2019, 1, 51 ss. Sul tema, per alcune ricostruzioni generali sull’uso della dignità nella recente giurisprudenza sui diritti fondamentali, A. Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015; E. Daly, *Courts, Constitutions and the Worth of the Human Person*, Philadelphia, 2013; C. Dupré, *The Age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Oxford, 2015; C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, cit., p.655 ss.; C. McCrudden (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2017. Nella dottrina italiana, G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del Diritto*, 2011, 1, 45 ss.; Ridola, *La dignità dell’uomo e il “principio libertà” nella cultura costituzionale europea*, cit., 61 ss.

<sup>76</sup> McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation*, cit., 714.

<sup>77</sup> Ho espresso alcune considerazioni sul punto in *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, cit., 158 ss.

storiche e sociali senza incorrere nelle strettoie che deriverebbero da un'argomentazione interamente fondata sul principio di eguaglianza.

In altri termini, richiamando l'eguaglianza nella sua connessione con la dignità le corti non sono poste di fronte alla scelta di selezionare i gruppi minoritari meritevoli di maggiore tutela costituzionale, e possono evitare di qualificare come costituzionalmente illegittimi nuovi fattori di discriminazione: diversamente, una motivazione interamente incentrata sulla violazione del principio di eguaglianza non consentirebbe adeguati margini di flessibilità nella mediazione fra le istanze di gruppi diversi e potrebbe eccessivamente vincolare anche la futura giurisprudenza costituzionale. Ad esempio, l'individuazione dell'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione illegittimo, comporterebbe la presunzione di illegittimità costituzionale di ogni disparità di trattamento fondata su di esso, riducendo i futuri margini di apprezzamento degli organi politici in relazione alle disparità di trattamento tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso, ma anche la possibilità di future mediazioni e bilanciamenti tra gli interessi in gioco da parte delle stesse corti<sup>78</sup>.

In conclusione, nell'attuale stagione dei diritti la dignità, per l'ampiezza dei suoi contenuti e la sua duttilità sul piano interpretativo, consente alle corti – in particolare a quelle costituzionali che più avvertono la necessità di preservare la propria legittimazione dalle accuse di un uso "politico" del controllo di legittimità costituzionale – di mediare tra eguaglianza e libertà, identità nazionali e locali ed aspirazioni ad una dimensione universale dei diritti fondamentali. Nella costante ricerca dell'equilibrio tra uguagliamento e differenziazione, l'eguaglianza – come scrive Silvestri – non deve, infatti, «nutrirsi di geometrie astratte», ma tener conto di una costante identificabile nel valore della dignità, quale base assiologica unitaria che «rende plausibile in termini di tutela giuridica la sovrapposizione tra i due valori fondamentali della libertà e dell'eguaglianza»<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Yoshino, *The New Equal Protection*, cit., 776 osserva come negli Stati Uniti "l'argomento fondato sulla dignità e la libertà è stato il modo in cui la Corte Suprema ha raggiunto un compromesso tra un diretto ampliamento dell'applicazione del principio di eguaglianza ed una sua assoluta chiusura".

<sup>79</sup> *Ivi*, 84.

# Power to the Parliament. La Corte Suprema dichiara *illegittima e nulla* la lunga sospensione del Parlamento

di Francesca Rosa

**Abstract: The Supreme Court declares unlawful, void and of no effect the long prorogation of Parliament** – The article examines the Cherry/Miller 2 judgment which declared unlawful, void and with no effect the long prorogation of Parliament. From a continental point of view, the Supreme Court resolved a conflict between executive and legislative power stating that the prorogation prerogative is limited by two constitutional principles: parliamentary sovereignty and the responsible government. Reference to the second - traditionally considered the constitutional convention founding the parliamentary government - is full of consequences because it gives a legal face to a political rule allowing the judicial review of the relations between Parliament and Government so far considered not justiciable.

2165

---

**Keywords:** Brexit; Royal prerogative; Prorogation; Parliamentary sovereignty; Responsible Government.

## 1. Premessa

Il 24 settembre 2019, con una sentenza adottata all'unanimità del collegio di undici giudici<sup>1</sup>, la Corte Suprema ha dichiarato illegittimo il consiglio (*advice*) sulla sospensione del Parlamento che il Primo Ministro Boris Johnson ha dato alla Regina e nulla e priva di effetti la *prorogation* che da quel consiglio è scaturita<sup>2</sup>. La sentenza riunisce gli appelli relativi alle pronunce della *Divisional Court*<sup>3</sup> e della *Inner House* della *Court of Session*<sup>4</sup>, che hanno deciso in modo antitetico la questione: considerata non giustiziabile dalla *Divisional Court* e ammissibile e illegittima dalla *Inner House* della *Court of Session*. La Corte Suprema dunque “ribalta” il giudizio

---

<sup>1</sup> *R (on the application of Miller (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) e Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* UKSC 41 [2019].

<sup>2</sup> Un *order in Council* del 28 agosto 2019 ha ordinato la sospensione del Parlamento in carica a decorrere dalla settimana del 9/12 settembre fino al 14 ottobre 2019. La *prorogation prerogative* è un potere di prerogativa regia esercitato dal Sovrano su consiglio dei Ministri dell'esecutivo al quale il Governo ricorre abitualmente per terminare le sessioni parlamentari. La legge del 2011, che ha abolito la prerogativa regia di scioglimento della Camera elettiva, l'ha espressamente fatta salva (art. 6 del *Fixed Term Parliaments Act 2011*). La straordinarietà della sospensione in esame deriva dalla sua durata e dal frangente storico nel quale si colloca. Cinque settimane in luogo dei 7/10 giorni registrati nella prassi degli ultimi quarant'anni, a ridosso dello scadere del termine recesso dall'Unione Europea (31 ottobre 2019).

<sup>3</sup> EWHC 2381 (QB) [2019].

<sup>4</sup> CSIH 49 [2019].

della corte inglese e fa proprio quello del giudice scozzese, seguendo tuttavia un percorso argomentativo diverso e di sicuro interesse per lo studioso del diritto costituzionale.

## 2. La decisione

La Corte Suprema esordisce chiarendo che per giudicare la legittimità del consiglio del Primo Ministro alla Sovrana sulla sospensione del Parlamento deve affrontare quattro questioni: a) la giustiziabilità della controversia; b) in caso affermativo, l'individuazione dei parametri in base ai quali sindacare la legittimità dell'*advice*; c) il giudizio sulla legittimità; d) in caso di illegittimità, l'identificazione del rimedio che la Corte può garantire.

Relativamente alla giustiziabilità, la Corte ricorda che la controversia concerne l'esercizio di un potere di prerogativa regia esercitato dalla Sovrana su consiglio del Primo Ministro. Il fatto che la questione riguardi la condotta degli attori politici o una vicenda politicamente controversa non costituisce ragione sufficiente per escludere il sindacato giurisdizionale, poiché storicamente è compito dei giudici controllare l'azione dell'esecutivo. Non esclude tale controllo neanche la responsabilità politica del Governo nei confronti del Parlamento, che notoriamente agisce nella sfera politica, mentre il giudice opera in quella giuridica. L'intervento della Corte, infine, non viola nemmeno il principio della separazione dei poteri, ma contribuisce a tutelarli, garantendo che il Governo non abusi del proprio potere a detrimento del Parlamento.

Fatte queste premesse la Corte ricorda che l'autorità giudiziaria può sindacare l'esistenza e la portata dei poteri di prerogativa regia. Nel caso di specie, poiché le parti danno per acquisita l'esistenza della *prorogation prerogative*, resta da chiarire quale sia la sua ampiezza, cioè quali limiti incontri il Governo nell'esercitarla. Ad avviso della Corte detti limiti risiedono in due principi costituzionali, che possono essere applicati dal giudice al pari degli altri principi giuridici: la sovranità del Parlamento e il Governo responsabile.

La sovranità del Parlamento implica che:

laws enacted by the Crown in Parliament are the supreme form of law in our legal system, with which everyone, including the Government, must comply. [par. 41].

La sovranità del Parlamento sarebbe violata se l'esecutivo potesse - attraverso l'uso della prerogativa - impedire l'esercizio della funzione legislativa per il periodo di tempo che gli conviene o per un periodo di tempo illimitato. Lo stesso può dirsi in relazione al principio del Governo responsabile, che impone al Governo di rispondere del proprio operato di fronte al Parlamento. Più a lungo il Parlamento è sospeso, più alto è il rischio che il Governo responsabile possa essere sostituito da un Governo non responsabile, in antitesi con il sistema democratico.

Ministers are accountable to Parliament through such mechanisms as their duty to answer Parliamentary questions and to appear before Parliamentary

committees, and through Parliamentary scrutiny of the delegated legislation which ministers make. By these means, the policies of the executive are subjected to consideration by the representatives of the electorate, the executive is required to report, explain and defend its actions, and citizens are protected from the arbitrary exercise of executive power [par. 46].

Una volta chiarito che una sospensione illimitata sarebbe illegittima, è da individuare quale sia il parametro (*legal standard*) per sindacare l'operato del Governo, bisogna cioè chiarire dove si colloca il limite per giudicare legittima la durata della *prorogation* considerata l'ampia discrezionalità di cui gode l'esecutivo in tale ambito. Secondo la Corte la decisione di sospendere il Parlamento è illegittima se ostacola o impedisce, *senza ragionevole giustificazione*, l'esercizio delle funzioni costituzionali del Parlamento. Nel caso di specie una ragionevole giustificazione non sussiste, perché il Primo Ministro ha ripetutamente affermato che la sospensione era strumentale alla preparazione del discorso della Regina, attività che di solito è portata a termine in tempi di gran lunga inferiori (dai 4 ai 6 giorni)<sup>5</sup>. A ciò si aggiunga che la "lunga" sospensione impedisce al Parlamento di esercitare le proprie funzioni in prossimità di un cambiamento costituzionale epocale qual è il recesso dall'Unione europea. Per tali ragioni la *prorogation* in esame è illegittima.

Merita, infine, di essere segnalata la scelta compiuta dalla Corte in relazione al rimedio, visto che uno dei due ricorsi chiedeva di dichiarare la sospensione priva di effetti. Il Governo ha obiettato che la Corte non avrebbe potuto procedere in questa direzione alla luce di quanto prevede l'articolo 9 del *Bill of Rights*, ai sensi del quale

That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.

Nondimeno la Corte, facendo leva sulla definizione di *parliamentary proceeding* di Erskine May, ritiene che la sospensione non possa essere qualificata un procedimento parlamentare, perché non è il frutto di una decisione delle Assemblee ma è una scelta imposta dall'esterno sulla quale i membri del Parlamento non possono né dibattere né votare. Alla luce di tali considerazioni la Corte dichiara la sospensione nulla e priva di effetti. La sessione non si è mai chiusa, i presidenti delle due Assemblee possono convocare le Camere e tali convocazioni - costituendo un procedimento parlamentare - non possono essere impugnate di fronte a nessuna corte del Regno perché protette dall'art. 9 del *Bill of Rights*.

### 3. Osservazioni

Con la sentenza *Cherry/Miller (2)* la Corte Suprema per la seconda volta interviene nel processo di recesso dall'Unione europea e per la seconda volta restituisce

---

<sup>5</sup> Si veda su questo l'intervento di John Major, ex Primo Ministro conservatore, di cui la Corte riferisce al par. 59.

centralità a un Parlamento illegittimamente marginalizzato dal Governo<sup>6</sup>.

Agli occhi dell'osservatore continentale la controversia è assimilabile a un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Un conflitto per menomazione, poiché non è in discussione la titolarità del potere di sospensione ma il suo esercizio, che ha finito per comprimere oltre misura la sfera di attribuzione delle Assemblee parlamentari.

Come in *Miller (1)* la Corte è chiamata a tracciare i confini di un potere di prerogativa regia. A differenza del *treaty making and unmaking power*, la *prorogation prerogative* incontra scarsi limiti nel diritto positivo ma due consistenti limiti nei principi costituzionali della sovranità del Parlamento e del Governo responsabile. Chiamando in causa tali principi la Corte afferma che il potere in esame - sebbene largo - non può considerarsi illimitato, perché se lo fosse impedirebbe l'esercizio della funzioni costituzionali del Parlamento, minando i fondamenti della democrazia rappresentativa e del sistema di Governo parlamentare:

We live in a representative democracy. The House of Commons exists because the people have elected its members. The Government is not directly elected by the people (unlike the position in some other democracies). The Government exists because it has the confidence of the House of Commons. It has no democratic legitimacy other than that [par 55].

2168

Parole che suonano come un monito al Governo affinché ricordi qual è la fonte della propria legittimazione e il suo principale interlocutore istituzionale: non il popolo, ma il Parlamento eletto dal popolo. Parole che lasciano intravedere il conflitto tra volontà popolare e volontà parlamentare, tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa che il referendum del 2016 ha innescato e che ancora non è stato ricomposto<sup>7</sup>.

A tal proposito la Corte ricorda che gli elettori hanno scelto la *Brexit* tramite un referendum che non era giuridicamente vincolante, ma che il Governo si è impegnato a rispettare e da allora è stato trattato come politicamente e democraticamente vincolante. D'altro canto, considerato l'epocale cambiamento costituzionale che prenderà forma il 31 ottobre, è indiscutibile (*indisputable*) che il Parlamento, e in particolare la Camera dei Comuni, in quanto Assemblea rappresentativa del popolo, abbia il diritto di "prendere la parola" sulle modalità di questo passaggio.

A fundamental change was due to take place in the Constitution of the United Kingdom on 31st October 2019. Whether or not this is a good thing is not for this or any other court to judge. The people have decided that. But that Parliament, and in particular the House of Commons as the democratically

<sup>6</sup> Nella sentenza *Miller (1)* la Corte Suprema aveva chiarito che il Parlamento doveva intervenire con legge affinché il Governo potesse legittimamente notificare al Consiglio europeo l'intenzione di recedere dall'Unione. In merito vedi i commenti di G.G. Carboni, G.F. Ferrari, C. Martinelli e F. Rosa sul numero 1 del 2017 di *questa rivista*.

<sup>7</sup> Sul quale mi sia consentito citare F. Rosa, *Brexit, il divorzio del secolo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, pp. 819 ss.



elected representatives of the people, has a right to have a voice in how that change comes about is indisputable. [par. 57]

A maggior ragione perché la Camera dei Comuni in più occasioni ha affermato con il voto la propria contrarietà all'uscita senza accordo<sup>8</sup>, alternativa che è invece perorata dal Premier. A ben vedere la divergenza tra l'indirizzo politico del Governo e quello della Camera elettiva è la ragione politica della lunga *prorogation* e del “grossolano” eccesso di potere del Governo, che, stretto tra l'impegno di rispettare la volontà popolare e il dovere di rendere conto del proprio operato a un'Assemblea che ostacola la prospettiva dell'uscita senza accordo e che intende bloccarla, ha tentato di silenziare il Parlamento.

*Cherry/Miller 2* è un raro e sapiente saggio di equilibrio tra politica e diritto. La Corte è riuscita a tenere la ragione politica della *prorogation* sullo sfondo insieme con tutte le controverse questioni istituzionali collegate alla *Brexit*, che pure sono citate nell'argomentazione, e ha deciso in punto di diritto facendo leva su due principi costituzionali e sull'assenza di un ragionevole motivo per “questa” lunga sospensione del Parlamento<sup>9</sup>.

Il richiamo della sovranità del Parlamento, uno dei fondamenti giuridici dell'ordinamento costituzionale, non desta problemi. Più sofisticato e ricco di spunti di riflessione, e forse di conseguenze, è il riferimento al Governo responsabile come principio costituzionale (e dunque giuridico), essendo quella del Governo responsabile *la* convenzione costituzionale che fonda il Governo parlamentare, e che a partire da questa sentenza matura un'anima giuridica che la rende giustiziabile<sup>10</sup>.

Il riferimento alle convenzioni costituzionali consente di aprire un'ultima considerazione sulle fragilità della costituzione britannica che *Brexit* ha portato ad emersione. Oltremanica l'organizzazione dei poteri - che costituisce con il riconoscimento dei diritti fondamentali il contenuto proprio delle costituzioni - è prevalentemente fondata su regole convenzionali non codificate, che sono efficaci nella misura in cui sono riconosciute e rispettate dagli attori politici. Quando ciò smette di accadere in relazione a regole basilari per il sistema restano forse solo

---

<sup>8</sup> Il riferimento è all'approvazione delle mozioni contro il recesso senza accordo (l'ultima delle quali è stata approvata il 13 marzo 2019) e a quella dello *European Union (Withdrawal) (N°2) Act 2019*, che ha ricevuto il *Royal Assent* poche ore prima della sospensione. La legge segna un percorso obbligato per il Governo: o il Parlamento approva - entro il 19 ottobre 2019 - l'accordo di recesso concluso dal Governo con l'Unione europea ovvero una mozione che sostiene l'uscita senza accordo, oppure è chiamato a domandare al Consiglio Europeo un'ulteriore proroga della data del recesso.

<sup>9</sup> Dall'argomentazione si evince che non tutte le lunghe sospensioni sono illegittime, lo sono quelle che non siano sostenute da un ragionevole motivo.

<sup>10</sup> Secondo M. Elliott la Corte ha “elevato” al rango di principio costituzionale la *ratio* della convenzione *v. The Supreme Court's judgment in Cherry/Miller (No 2): A new approach to constitutional adjudication?* in <https://publiclawforeveryone.com/>. Resta da chiarire, ma non è questa la sede, come possono convivere una regola giuridica (giustiziabile) e una convenzione costituzionale (non giustiziabile) dal medesimo contenuto. Non è forse un caso che in questa pronuncia la Corte Suprema non si riferisca mai alla convenzione costituzionale del Governo responsabile.

due alternative: il ricorso al giudice o la scrittura del patto costituzionale. In entrambi i casi la regola politica cede il passo a quella giuridica.

## ***Miller II*: il sindacato giurisdizionale sulle dinamiche della forma di governo prende definitivamente piede a Londra?**

di Giuseppe Franco Ferrari

**Abstract: *Miller II*: Does the judicial review of the dynamics of the form of government ultimately catch on in London?** – The article illustrates the implications of the decision of the UK Supreme Court on the (unlawful) prorogation of Parliament from a broad constitutional standpoint. More specifically, the judges prove aware of their established oversight task and reject any possible objection relating to the convenience of exercising judicial restraint in the matter at stake, going as far as providing a synthetic yet comprehensive portrait of the sources of law and the principles that govern the British form of government.

**Keywords:** Brexit; Miller II; United Kingdom; UK Supreme Court; Democracy.

La sentenza della Supreme Court del 24 settembre 2019, che verosimilmente verrà ricordata come *Miller II*, come e forse ancor più che la precedente del 2018 rappresenta per l'ordinamento britannico molto più di una decisione fondamentale relativa ad un tornante della storia dei rapporti tra quel sistema costituzionale e quello dell'Unione Europea: è una specie di sommario dello stato del diritto costituzionale del Regno Unito, in cui molte convenzioni della costituzione sono esposte nel loro divenire storico e sottoposte a verifica in chiave applicativa, la relazione tra la *common law* e i principi costituzionali sostanziali viene riformulata, la forma di governo viene inquadrata inevitabilmente alla luce della secolare prassi della più antica democrazia del mondo, lo stesso ruolo del giudice britannico viene rivisto, uscendone riqualificato come una sorta di giudice costituzionale o almeno preposto senza remore alla soluzione di casi di rilevanza costituzionale.

Conviene iniziare da quest'ultima proposizione. Vari passi della sentenza, in particolare almeno i paragrafi 39, 51 e 52, nel tono prima ancora che nel contenuto precettivo, fanno echeggiare nell'aula delle Inns of Court accenti del linguaggio, una volta diversissimo da quello inglese, di Chief Justice Marshall in *Marbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803)): "it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is" (5 U.S. 177). Così come i tre punti in cui il grande Corwin riepilogava oltre un secolo dopo (E.S. Corwin, *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, 12 *Mich. L. Rev.* 538 (1914)) i piloni portanti della celebre sentenza ed in fondo del funzionamento del Giudiziario statunitense sembrano oggi calzare perfettamente al testo che si deve alla penna di Lady Hale: la costituzione vincola ogni parte delle istituzioni; essa è azionabile in giudizio; il Giudiziario è preposto in via esclusiva all'interpretazione della costituzione, vincolando ogni altro "department of government".

La storia pare avere determinato la convergenza di due sistemi costituzionali diversissimi e tradizionalmente orgogliosi della loro diversità, in assoluto e nel rapporto reciproco: uno strutturato su una Costituzione scritta e rigida, l'altro per secoli fieramente privo di questa fonte superprimaria e per molto tempo anche capace di ricusare la necessità del diritto pubblico ed in specie del diritto amministrativo. Sembra che la comune matrice della *common law* abbia dopo secoli prodotto il riavvicinamento se non addirittura la identificazione di premesse fondative di ordinamenti costituzionali nati e cresciuti su premesse storico-istituzionali radicalmente diverse.

Fraasi come “It is their [of the courts] particular responsibility to determine the legal limits of the powers conferred on each branch of government”, o “it’s the court’s responsibility to determine whether the Prime Minister has remained within the legal limits of power” attestano la pienamente acquisita consapevolezza del giudice britannico circa il suo ruolo propriamente costituzionale, esteso non solo ai conflitti di attribuzione ma alla vigilanza sul funzionamento dell'intero sistema costituzionale. Di più, la Corte Suprema ha acquisito piena consapevolezza ed enuncia con chiarezza l'idea che “the courts have the responsibility of upholding the values and principles of our constitution and making them effective” (par. 39). Una proposizione degna del più maturo neo-costituzionalismo, che viene formulata con straordinaria chiarezza ed anzi naturalezza, come se fosse ovvia. Viene da domandarsi, in proposito, se, al di là della consonanza con la giurisprudenza americana, il diritto britannico non abbia subito, ancora più in profondità di quanto si sia fin qui ritenuto, la permeazione del diritto pubblico europeo continentale, non solo sul versante del diritto amministrativo, dato sin troppo scontato alla luce della produzione normativa richiesta dal diritto dell'Unione, ma anche su quello del diritto costituzionale.

Una volta fatto proprio con piena convinzione l'approccio “costituzionalistico”, come peraltro già nella prima sentenza Miller, la fermezza con cui il collegio supera ogni perplessità astensionistica va persino al di là delle corti americane. E' vero che negli Stati Uniti la *federal-question abstention*, riservata comunque a tematiche di rapporti tra Federazione e Stati membri, è in declino dal ritiro di Justice Frankfurter (M. H. Redish, *Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function*, 94 *Yale L. J.* 71 (1984)). E' vero altresì che la stessa *political question doctrine* tende a ripiegare sul solo ambito della politica estera, faticando a trovare una razionalizzazione in termini di plausibili test di riferimento. Ma la somma dei riferimenti storici, dei precedenti moderni e delle citazioni dottrinali (parr. 32-33) con cui la Corte perviene a considerare *justiciable* la materia sottoposta al suo esame attesta la acquisita consapevolezza dell'assenza di limiti al sindacato giudiziale su temi di puro diritto costituzionale. In specie, l'affermazione circa la non pertinenza del rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento, e della responsabilità politica del primo verso il secondo, rispetto alla verifica della legittimità dell'esercizio dei poteri di prerogativa testimonia non solo di una salda sicurezza nell'interpretazione del principio di separazione dei poteri (par. 34), ma altresì di un convinto e maturo approccio verso la gestione giudiziale di situazioni e fattori di crisi nel funzionamento del sistema costituzionale.

Analoga fermezza permette alla Corte di superare l'equazione, proposta dalla difesa del Governo, tra *prorogation* nell'ordinamento attuale e *dissolution* prima del Fixed-term Parliament Act, 2011 (par. 36).

Non è invece la sicurezza interpretativa a manifestarsi, quanto piuttosto la volontà di costruire un sistema ordinato di fonti costituzionali, in quei passi (par.

38 ss.) in cui lady Hale si cimenta con la natura dei poteri di prerogativa. Il loro radicamento non può che trovarsi nella *common law* e pertanto i limiti stessi devono ricavarsi dai principi della *common law*, di cui la relatrice opera però una sorta di traslitterazione nel diritto costituzionale, di un costituzionalismo necessariamente non “istantaneo” ma storicamente stratificato, pragmatico ed evolutivo, risultante di *common law*, convenzioni, leggi e prassi. La Corte si spinge a cercare di definire il contenuto del diritto costituzionale per principi, benchè esemplificativamente e non esaustivamente: la materia dei diritti, anzi tutto, e poi “il comportamento dei soggetti pubblici ed i rapporti tra di loro” (par. 40), cioè verosimilmente, per dirla in termini di diritto pubblico continentale, forma di Stato e forma di governo. E’ qui che la premessa di ordine sistematico si converte, come già Miller I, in un trattatello di diritto costituzionale, di una sintesi di cui dottrina e giurisprudenza non potranno non tenere conto, ben al di là del problema contingente, anche se certo non di secondo piano, della *prorogation* e dei suoi limiti.

Sul Governo Johnson e la sospensione decretata con Order in Council dopo la riunione del Privy Council del 28 agosto, il filo conduttore della decisione si snoda in termini semi-deduttivi con assoluta linearità. Sovranità del Parlamento e responsabilità del Governo sono due dei principi fondamentali sulla forma di governo (parr. 41 e 46) rilevanti nella specie. Nella storia, anche in quella contemporanea, le corti hanno costantemente difeso questi due principi da invasioni governative attraverso l’esercizio di prerogative (parr. 42 e 47-48). Nella tensione tra i due principi e la prerogativa regia/governativa deve intendersi che sia quest’ultima a doversi intendere limitata fino al punto di impedire che i primi siano frustrati o bloccati nel loro dispiegarsi (parr. 44-45 e 49-50). Sul piano del *reasoning*, però, la concatenazione deduttiva viene interrotta e completata da un passaggio che potrebbe dirsi induttivo-utilitaristico e che, oltre che l’induttivismo russelliano (B. Russell, *The Problems of Philosophy*, London, 1912, 1957, 75-76), ricorda le celebri parole che Charles Dickens mette in bocca a Gradgrind nella scuola di Coketown, nel primo libro di *Hard Times* (London, 1854): “Now what I want is Facts...Stick to facts, Sir!”.

Il parametro cui lady Hale ritiene di poter ancorare il giudizio sulla liceità della *prorogation* è dunque quello dei suoi effetti rispetto alla capacità del Parlamento di svolgere le sue funzioni di legislazione e vigilanza, ovvero quindi uno standard di ragionevolezza (par.50), che deve applicarsi “*in practice*” alla giustificazione dell’Esecutivo (par.51). Alla stregua di questo criterio, e prescindendo dal  *motive o purpose* che può avere guidato soggettivamente l’operato di Boris Johnson (par.58), le circostanze pur eccezionali del caso concreto non potevano giustificare una sospensione così lunga, con seria compromissione delle funzioni parlamentari e pregiudizio per la stessa democrazia rappresentativa. La concretezza dell’analisi probatoria si articola nella testimonianza di John Major sulla necessità di al massimo quattro/sei giorni lavorativi per la preparazione del discorso della Corona (par. 59), nella disamina dei precedenti storici e nel nesso cronologico quantomeno sospetto tra la programmata riunione del Consiglio dell’Unione Europea e la previsione di ripresa dei lavori parlamentari (par.60).

Qualche altra notazione tra metodo logico e poteri della Corte sul piano processuale.

Quanto al *reasoning*, la Corte dimostra piena consapevolezza della differenza di criteri interpretativi da applicare rispettivamente alla legge e a principi provenienti dalla *common law* e qualificabili come sostanzialmente costituzionali (par. 49). Questo tema, da sempre chiarissimo a giurisprudenza e dottrina

americane, presenta grande complessità nel contesto britannico, e dunque meriterebbe una accurata analisi separata. Non si può comunque fare a meno di constatare che la Corte Suprema si destreggia con estrema duttilità tra le due linee interpretative, dimostrando una pragmaticità forse prevedibile ma non di meno molto apprezzabile.

Sul piano dei poteri decisori del giudice e degli effetti della decisione, lady Hale con la Corte unanime ha idee chiarissime (parr. 60-70). *L'advice* del Primo Ministro alla Regina non è solo nullo: è anche privo di effetti e non vi è necessità di attività da parte dell'Esecutivo, né di riconvocazione di un Parlamento sciolto, in quanto la sessione non è terminata né vi è stato *recess*. Gli Speakers possono senz'altro procedere ad una convocazione ordinaria. Anche dal punto di vista della latitudine dei poteri la Corte sta imparando rapidamente a comportarsi come un giudice costituzionale...

# Note e commenti





## Nozione di servizio di comunicazione elettronica e l'assunzione di responsabilità nel garantire la trasmissione dei segnali necessari al funzionamento del servizio

di Gianluca Bellomo

**Title:** Concept of «Electronic communication service»: it's decisive, at least for now, the assumption of responsibility in ensuring the transmission of the signals necessary for the service to work

**Keywords:** Directive 2002/21/EC; concept of «electronic communications service»; e-mail service.

1. – Milioni di persone, quotidianamente, utilizzano una o più caselle di posta elettronica per lavoro o per motivi personali. In pochi però si chiedono quali siano i meccanismi di funzionamento sottesi all'uso di tale strumento o si rendono pienamente conto delle problematiche tecniche e giuridiche che l'impiego di tali tecnologie coinvolge e degli effetti che un insufficiente livello di convergenza delle normative nazionali può provocare sulla corretta regolazione del mercato unico, ma anche sull'effettività di tutela e di esercizio di alcuni diritti fondamentali strettamente connessi all'impiego di strumenti tecnologici e dell'Internet aperto in generale (su cui cfr. almeno P. Costanzo, *Avete detto "diritti digitali"?*, Relazione introduttiva al Convegno "*E-government e diritti fondamentali nello Stato costituzionale*", Università europea di Roma, 20 novembre 2015, 1 ss., reperibile in [www.tecnichenormative.it/Costanzo\\_diritti\\_digitali.pdf](http://www.tecnichenormative.it/Costanzo_diritti_digitali.pdf); ma anche G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Pol. Dir.*, 3/2011, 367-378). Tali aspetti, se possono essere di scarso interesse per gli utenti, sono sempre più oggetto di regolazione da parte degli Stati nazionali da una parte e dell'Unione europea dall'altra.

I primi lo fanno spesso nel tentativo o di porre dei limiti agli effetti indesiderati che tali tecnologie (ed i soggetti che di fatto le gestiscono a livello globale) possono produrre nell'ordinamento interno, o (in alcuni casi) per cercare di favorire il mercato interno approfittando di possibili effetti distorsivi derivanti dalla formulazione di c.d. «norme tecniche», «regole tecniche» o, più in generale, «procedure tecniche» per i prodotti o per i servizi che operano all'interno dei propri confini nazionali (su cui cfr. F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001, 299 ss.; L. Volpe, *Le "regolamentazioni tecniche" nazionali tra obblighi statuali di natura procedimentale e "misure equivalenti" ex art. 30 (ora 28) del Trattato CE*, in *DPCE*, III/2000, 1306 ss.).

L'Unione europea cerca, invece, da una parte di contrastare i possibili effetti distorsivi del mercato unico derivanti da regolazioni nazionali in materia troppo limitative della libertà di circolazione o dei diritti dei singoli attori europei; dall'altra di proteggere il mercato europeo comune ed i diritti dei cittadini da eventuali pratiche

scorrette che, con il prepotente emergere delle attività e dei servizi erogati e legati alla c.d. «società dell'informazione», stanno diventando uno dei nuovi e più rilevanti terreni di scontro tra U.E. e operatori di mercato.

L'Unione, come ha spesso fatto, persegue tali finalità attraverso meccanismi volti a produrre una regolazione uniforme sul territorio europeo caratterizzata da un quadro minimo di principi, definizioni e regole, funzionali al perseguimento dei propri obiettivi, oltre a stringenti meccanismi di sorveglianza per gli operatori ed in particolare per quelli extraeuropei che vengono a proporre servizi o prodotti all'interno dell'Unione. Lo strumento principe, come noto, è quello della *direttiva*, con il quale, sempre con il consueto approccio funzionalista tipico del legislatore europeo, si mira al ravvicinamento delle normative nazionali lasciando ai Paesi membri comunque dei margini più o meno ampi di adattabilità alla propria condizione interna, purché tale flessibilità consenta comunque di garantire la piena effettività dei diritti riconosciuti nello spazio europeo.

Quando l'applicazione ai singoli casi nazionali pone problemi interpretativi viene attivata la Corte di Giustizia dell'UE affinché eserciti la propria funzione ermeneutica (su cui, con particolare riferimento ai diritti ed al rapporto con le altre Corti, cfr. R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 1-13) anche per risolvere, spesso, conflitti che il legislatore europeo non si era prefigurato. Proprio attraverso tale attività la Corte, così, fissa nuovi paletti operativi e garantisce nel contempo agli operatori pubblici e privati di avere maggiore chiarezza sulle "regole del gioco" all'interno delle quali muoversi per non ledere l'effettività dei diritti di volta in volta coinvolti dalle normative sottoposte a giudizio.

Lo specifico quadro normativo di riferimento per le comunicazioni elettroniche è stato sviluppato nel tempo dall'Unione con l'emanazione di un pacchetto di provvedimenti comprensivo di quattro direttive e due regolamenti: Direttiva 2002/20/CE o «direttiva autorizzazioni» (GUCE, L 108, 24.4.2002, pag. 21); Direttiva 2002/19/CE o «direttiva accesso» (GUCE, L 108, 24.4.2002, pag. 7); Direttiva 2002/22/CE o «direttiva servizio universale» (GUCE, L 108, 24.4.2002, pag. 51); Direttiva 2002/58/CE o «direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche» (GUCE, L 201, 31.7.2002, pag. 37); Regolamento (CE) n. 1211/2009 che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) (GUUE, L 321, 17.12.2008, pag. 1); Regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili (GUUE L 172 del 30.6.2012, pag. 10).

Partendo da tali provvedimenti gli Stati membri, così come la Germania nel caso in commento, avrebbero dovuto recepire o adeguare le proprie normative interne nel rispetto dei paletti fissati dall'Unione, ed in particolare, nel settore delle comunicazioni elettroniche, cercare di garantire i seguenti obiettivi: adottare provvedimenti tecnologicamente neutrali ed intesi a garantire una concorrenza effettiva; promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazioni elettronica, dei servizi e delle risorse e dei servizi correlati; garantire che non vi siano distorsioni e restrizioni nella concorrenza anche per quanto riguarda la trasmissione di contenuti; promuovere gli interessi dei cittadini sia garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori rispetto ai rapporti con i fornitori, sia contribuendo a garantire loro un elevato livello di protezione dei dati personali e della vita privata.

Proprio in tale contesto normativo la Corte è stata interpellata per pronunciarsi, in via pregiudiziale, sui fatti oggetto della sentenza qui in commento ed in particolare sulla nozione di «servizio di comunicazione elettronica», così come previsto dall'art. 2, lettera c) della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (GUCE 2002, L108, pag. 33), così come modificata dal Parlamento europeo e dal Consiglio con la direttiva 2009/140/CE, del 25 novembre 2009 (d'ora in poi «Direttiva quadro»; in GUCE, L 337, 18.12.2009, pag. 37), in particolare qui applicata al servizio di posta elettronica fornito da Google con Gmail.

2. – La controversia oggetto della Sentenza in commento nasce tra la società Google LLC e la Repubblica federale di Germania (*Bundesrepublik Deutschland*), a seguito della decisione dell’Agenzia federale di regolamentazione delle reti per l’elettricità, il gas, le telecomunicazioni, la posta e le ferrovie, Germania (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*; d’ora in poi «BNetzA») di qualificare il servizio di posta elettronica Gmail di Google, con decisione del 2 luglio 2012, come un «servizio di telecomunicazione» ai sensi della normativa tedesca [art. 6, paragrafo 1, della legge tedesca in materia di telecomunicazioni – *Telekommunikationsgesetz* (in prosieguo TKG), in combinato disposto con l’articolo 3, punto 24, del medesimo provvedimento legislativo], e conseguentemente di diffidare Google ad adeguarsi al previsto obbligo di notifica presso la medesima Agenzia, a pena di sanzione pecuniaria in caso di inottemperanza.

Google ritiene che tale decisione non sia corretta e, pertanto, dopo aver visto respinto il 22 dicembre 2014 il proprio reclamo presentato al «BNetzA», propone ricorso il 23 gennaio 2015 dinanzi al Tribunale amministrativo di Colonia, Germania (*Verwaltungsgericht Köln*).

Infine Google, non vedendo riconosciute le proprie ragioni nemmeno in quella sede, propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia di fronte al Tribunale amministrativo superiore del Land Renania settentrionale-Vestfalia, Germania (*Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen*) il quale, rilevando che la nozione di «servizio di telecomunicazione» previsto dalla normativa tedesca sostanzialmente recepisce la nozione di «servizio di comunicazione elettronica» previsto dalla Direttiva quadro, pone alla Corte di Giustizia una serie di questioni pregiudiziali su detta nozione.

3. – In buona sostanza i quesiti posti dal giudice tedesco alla Corte, incentrandosi sugli elementi rilevanti per qualificare la nozione di «servizio di comunicazione elettronica», così come definito nella «Direttiva quadro» all’art. 2, lett. c), nella quale vengono cioè definiti come quei «servizi (...) consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche», sono volti a far sì che la Corte possa svolgere la propria azione ermeneutica in particolare con riguardo alla qualificazione giuridica del servizio di posta elettronica via Internet.

E così alla Corte viene chiesto, con la prima questione, se la «trasmissione di segnali» alla quale si rifà la nozione in analisi possa essere fatta coincidere con le azioni che tecnicamente vengono poste in essere da Gmail, come fornitore del servizio di posta elettronica, o se tale «trasmissione» sia da ricondurre all’invio fatto invece da altri soggetti, quali l’*Internet Access Provider* (IAP), dei pacchetti di posta pre confezionati da Gmail. Inoltre ci si pone l’interrogativo se, ove vi fosse in astratto la possibilità di imputare al gestore di un servizio di posta elettronica tale attività, nel caso a quali condizioni ciò potrebbe essere possibile.

Con la seconda questione, invece, il Tribunale amministrativo chiede se, ove la «trasmissione di segnali» non sia in linea di principio imputabile ai servizi di posta elettronica via Internet, di fatto se, considerato che Google in Germania gestisce in proprio alcune reti di comunicazione elettronica collegate ad Internet, che potrebbero essere comunque utilizzate ai fini dell’erogazione di un servizio di posta elettronica, tale evenienza possa costituire un’eccezione valida a far ricomprendere comunque in tale nozione detto servizio.

Infine, con l’ultimo quesito, viene chiesto alla Corte se il concetto di «forniti di norma a pagamento», riferito ai «servizi di comunicazione elettronica» e necessario per qualificarli, così come previsto sempre dalla «Direttiva quadro» all’art. 2, lett. c), imponga il pagamento di una tariffa da parte degli utenti o sia sufficiente l’esecuzione di una diversa controprestazione da parte degli utenti stessi, ma che comunque soddisfi un interesse

economico del fornitore del servizio (ad es. con la fornitura attiva di dati personali all'atto dell'utilizzo del servizio da parte dell'utente finale). Se il requisito imponga il pagamento diretto degli utenti o se il pagamento, integrale o parziale del servizio, possa essere fatto anche da terzi (ad es. con pubblicità sul sito web del fornitore). Infine, se «la locuzione “di norma” si riferisca, in tale contesto, in particolare, alle circostanze nelle quali il fornitore di uno specifico servizio presta in concreto detto servizio, o alle circostanze, nelle quali vengono prestati, in generale, servizi identici o simili».

4. – Preliminarmente, al fine di poter comprendere appieno i risvolti giuridici delle questioni qui coinvolte, non si può evitare di approfondire alcuni aspetti tecnici senza i quali non sarebbe possibile comprendere appieno i rilievi delle Parti, della Corte ed i possibili sviluppi normativi futuri in materia.

Il servizio di posta elettronica, sostanzialmente e semplificando molto, funziona attraverso alcune operazioni che coinvolgono una pluralità di soggetti (o meglio di attrezzature tecnologiche/informatiche e software gestiti o sotto la responsabilità di soggetti giuridici). Se un utente di Gmail, infatti, intende inviare un messaggio di posta elettronica ad un determinato destinatario, dovrà necessariamente e preliminarmente registrarsi al servizio accedendo al sito di Google e fornire una serie di dati personali indispensabili per essere abilitati all'uso del servizio stesso; dopodiché l'utente potrà decidere se usare tale servizio direttamente *on line* dal sito web dedicato e gestito da Google, sul quale saranno molto probabilmente presenti pubblicità (dalle quali ovviamente Google trarrà un beneficio economico), oppure se utilizzare un programma dedicato alla gestione della posta elettronica (c.d. «e-mail client») con il quale, una volta configurato il nuovo account precedentemente registrato con Gmail (così da consentire al programma scelto di comunicare con il server di Gmail), poter procedere a inviare e ricevere posta elettronica avendo come interfaccia esclusivamente il programma di gestione scelto dall'utente finale (tra i più noti ad es. *Thunderbird*, *Outlook*, *Mail*, ecc.). Fin qui si ha la parte che coinvolge un utente finale che voglia fruire di un servizio di posta elettronica ed in questo caso del servizio fornito da Gmail.

Una volta che l'utente registrato ha predisposto il proprio messaggio, sia che lo faccia direttamente *on line* sul sito di Google, sia che lo faccia attraverso un «e-mail client», nel momento in cui clicca sul pulsante “invia messaggio”, attiva un processo che coinvolge anche i server gestiti da altri soggetti. Infatti il gestore del servizio, in questo caso Gmail, provvede, previo riconoscimento del server di destinazione attraverso il c.d. *Domain Name System* (DNS), a dividere il messaggio in un certo numero di pacchetti di dati che vengono instradati dai propri server di posta elettronica separatamente grazie a protocolli di posta standardizzati (es. il «TCP-IP»; o l'«SMTP») attraverso l'Internet aperto (che giova qui ricordare essere una Rete di collegamenti informatici, a livello planetario, che permette la connessione e la comunicazione tra loro di reti locali di computer e banche dati grazie all'uso appunto di uno specifico protocollo – TCP-IP – ed alla condivisione sia dello stesso sistema di gestione dei c.d. *indirizzi IP*, sia dei c.d. *nomi a dominio*) verso il destinatario di posta elettronica. Sostanzialmente, quindi, il gestore del servizio di posta elettronica si limita, solitamente, a “spacchettare” il messaggio e ad indirizzarlo verso il server indicato dall'indirizzo fornito dall'utente finale previo riconoscimento di questo con il meccanismo del DNS. All'atto dell'invio, però, chi trasmette materialmente i pacchetti di dati dal mittente saranno i server di un altro soggetto e cioè dell'*Internet Access Point* (IAP) scelto dall'utente finale stesso, per accedere all'Internet aperto; così come chi recapiterà ogni singolo pacchetto dati al destinatario, sarà l'*Internet Access Point* con il quale quest'ultimo si collegherà alla Rete. Nel mezzo, tra i due IAP, i pacchetti seguiranno percorsi sempre differenti passando tra le varie reti (e quindi tra i differenti server e le varie strutture tecnologiche gestite da soggetti di volta in volta diversi) che incontreranno nel loro cammino secondo il c.d. principio del «*best*

*effort*» (in base al quale la banda disponibile e i tempi di consegna dipenderanno, in maniera non decidibile, di volta in volta dal carico di rete del momento).

Il software di Gmail, una volta che tutti i pacchetti saranno arrivati al destinatario, verificherà l'integrità dei pacchetti e che siano arrivati tutti al server del destinatario (comunicando con quest'ultimo) così che il gestore di posta del quale si avvale il destinatario possa ricomporre integralmente il messaggio ricevuto o all'interno del proprio sito o, da ultimo, attraverso l'uso, da parte del destinatario stesso, di un «e-mail client» sul quale potrà leggere il messaggio ricevuto.

Ma analizzando più approfonditamente la questione di possibili classificazioni tecniche delle attività degli operatori coinvolti va rilevato che, sempre semplificando, il mondo dei protocolli di trasmissione dati comunque prevede che ogni singolo operatore ed ogni singola operazione che viene posta in essere nella catena di trasmissione dei dati che coinvolge i soggetti che operano nel mondo delle comunicazioni possa essere di fatto collocata, a seconda del protocollo utilizzato, in una struttura a livelli sovrapposti (come in una "pila", da cui appunto il termine inglese *stack* o *layer*). Così a seconda del livello dal quale il singolo operatore, in base al tipo di servizio che fornisce, si colloca, dovrà, per poter trasmettere dati, necessariamente inviarli attraverso tutti i livelli inferiori della "pila" fino ad arrivare al livello più basso (cioè quello fisico) di trasmissione dei dati, dopo che questi nel percorso effettuato saranno stati via via "incapsulati" (come in un sistema di matryoske, con un guscio esterno di istruzioni per il livello inferiore). A questo punto il "pacchetto" di dati (che poi materialmente sarà formato da una stringa di dati con tante "intestazioni" dipendenti dal numero di livelli attraversati e con una "intestazione" di chiusura) sarà trasmesso attraverso un sistema fisico di connessione (ad es. con segnali elettrici o elettromagnetici, ma anche onde acustiche ad esempio in acqua; e quindi con cavi, fibre ottiche ecc.) ad un analogo primo livello di ricezione che a sua volta passerà il pacchetto ad un livello superiore, che di volta in volta rimuoverà il singolo "guscio" della "matryoska" consegnandone il contenuto al livello superiore, risalendo così tutti i corrispondenti livelli fino ad arrivare a consegnare al destinatario i dati inviati, liberi da tutte le intestazioni che hanno consentito al singolo pacchetto di non perdersi tra i vari livelli e nella Rete. Ad oggi va rilevato che l'architettura di codificazione di questi livelli più diffusa sul mercato è il c.d. "stack TCP/IP" (su cui, tra gli altri, Douglas E. Comer, *Internetworking with TCP/IP*, vol. 1, *Principles, protocols and architecture*, sec. ed., PrenticeHall) che si compone di 5 livelli: Fisico, Collegamento, Rete, Trasporto, Applicazione. A questa architettura va affiancata quella formulata dall'ISO negli anni '70, nel tentativo di creare uno standard globale, con la creazione dell'ISO/OSI che prevede invece ai fini della comunicazione tra due applicazioni un modello a sette livelli: Fisico, Data Link, Rete, Trasporto, Sessione, Presentazione, Applicazione (da notare che i livelli più bassi di entrambi i protocolli sono i medesimi e quindi ciò consente comunque una interoperabilità tra i protocolli). Da quanto descritto dovrebbe essere chiaro che un singolo soggetto giuridico coinvolto in una o più attività sulla Rete può operare con le proprie tecnologie, e quindi essere chiamato a rispondere, su uno solo dei livelli della "pila" (così come descritti) o su più livelli, non essendoci, ad oggi, nessun divieto positivamente, almeno a livello europeo, in tal senso.

Si dovrebbe intuire, alla luce di quanto sopra, che ai fini del funzionamento della Rete, della trasmissione di dati e quindi della fruizione dei servizi funzionali alla tutela di interessi pubblici, più è basso il livello al quale un soggetto giuridico opera, più diventa strategico il ruolo che questo avrà nel funzionamento del sistema, e conseguentemente maggiore sarà l'attenzione che il legislatore, europeo, in questo caso, tenderà a riservargli.

5. – Le possibili interpretazioni della normativa che si confrontano nella Sentenza, quindi, sono rispettivamente: quella del «BNetzA», secondo cui l'attività posta in essere da Google nella gestione del servizio di posta elettronica Gmail e quindi con le attività

tecniche appena descritte e a ciò funzionali, rientri tra i «servizi di comunicazione elettronica» in quanto le proprie attività configurerebbero una «trasmissione di segnali» attraverso i suoi server; e quella di Google, secondo cui invece tale attività non rientrerebbe in detta nozione in quanto le proprie attività non consisterebbero «interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di telecomunicazione elettronica».

Diciamo subito che la Corte, benché Google abbia visto soccombenti le proprie ragioni sia di fronte al «BNetzA» sia davanti al Tribunale amministrativo di Colonia dà ragione, invece, alla società americana.

Secondo la Corte, infatti, anche se Google materialmente realizza una trasmissione di segnali attraverso i suoi server, volta a instradare nella e alla ricezione dei pacchetti di dati relativi ai messaggi di posta, da questo non si deve trarre la conclusione che tali operazioni costituiscano necessariamente un «servizio di comunicazione elettronica» ai sensi della direttiva quadro (art. 2, lett. c). Infatti tale servizio non consiste *interamente o prevalentemente* nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica (p.to 34 e 35 della Sentenza). Decisivo diventa, infatti, che chi si assume la responsabilità di garantire la trasmissione dei segnali necessari per il corretto funzionamento dei servizi di posta elettronica (su cui cfr. Corte giust., Sent. 30.4.2014, UPC DTH, causa C-475/12, EU:C:2014:285, punto 43; in dottrina, anche con profili di comparazione tra Europa e Usa, cfr. U. Pagallo, *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, in *Dir. informatica*, 2009, 705 ss.) sono gli IAP, del mittente e del destinatario di posta, da una parte e, dall'altra, tutti i gestori delle diverse reti che materialmente costituiscono l'Internet aperta e attraverso le quali detti pacchetti transiteranno (in particolare punto 36 della Sentenza, ed in tal senso la stessa Commissione con proprie osservazioni).

In assenza di qualsiasi altro elemento che dimostri la responsabilità di Google nei confronti dei titolari di account di posta elettronica circa la trasmissione dei segnali necessari al suo funzionamento, pertanto, il servizio di posta elettronica con viene fatto rientrare dalla Corte nella nozione di «servizi di comunicazione elettronica», così come prevista dalla Direttiva quadro, art. 2, lett. c), proprio perché giuridicamente non consiste *interamente o prevalentemente* nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica.

D'altra parte, essendo il servizio di posta elettronica Gmail ritenuto dalla Corte (punto 10) un c.d. servizio «OTT» (*Over The Top*), e cioè un servizio disponibile sulla Rete senza che vi sia bisogno di un operatore di comunicazione tradizionale, il legislatore europeo ha deciso di dare maggiore attenzione alla regolazione dei servizi di accesso alla rete, e quindi ai «servizi di comunicazione elettronica» (imponendo anche la richiesta di una notifica di avvio, variazione o cessazione della propria attività, nonché le variazioni relative alla società stessa che eroga tale servizio, così come previsto dalla normativa tedesca nel caso in analisi) piuttosto che ai c.d. servizi «OTT». Servizi che peraltro, a tutt'oggi, non trovano una definizione positivizzata nell'ordinamento, almeno a livello europeo, infatti tale nozione è stata creata dal mercato e risulta mutevole nel tempo e nello spazio, con tutti i problemi ermeneutici legati all'uso e alla perimetrazione giuridica della stessa.

Tale necessità sembra ragionevolmente dettata dalla esigenza, in un mercato unico, di avere, almeno per ora, un maggiore controllo pubblico sull'*accesso alla Rete* piuttosto che sui *servizi erogati sulla Rete*. L'assenza di controllo sull'erogazione dei servizi di accesso alla rete, infatti, potrebbe mettere a serio rischio sia la libera concorrenza, sia la fruizione da parte dei cittadini europei di tale strumento che è funzionale all'esercizio di una molteplicità di diritti fondamentali, così come ormai riconosciuto sia nei documenti che nelle decisioni giurisprudenziali che lo hanno codificato in modo più o meno esplicito, quando addirittura non venga esso stesso incluso nella citata categoria dei diritti fondamentali così come accaduto ad es. in Francia o in Costa Rica [su tali aspetti e per un rapido quadro comparato di tale diritto e di come i diversi ordinamenti lo abbiano

interpretato v. almeno O. Pollicino, *Esame in sede referente dei DDL 1317 e 1561 (diritto di accesso ad Internet)*, in *Media Laws*, 13 Marzo 2015, 1 ss.; ma anche già T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 1-17].

Passando alla seconda questione pregiudiziale sottoposta alla Corte, questa viene rapidamente risolta dalla stessa che le dedica un solo punto della sentenza (punto 40) nel quale la Corte rileva che il fatto che Google in taluni casi vada qualificata come «fornitore di servizi di comunicazione elettronica», e cioè esclusivamente quando gestisce proprie reti di comunicazione elettronica, non può implicare che automaticamente vi sia un'estensione di tale nozione a tutti i servizi da questa forniti indistintamente anche quando fossero privi del requisito di consistere interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali. Peraltro una eventuale interpretazione in senso estensivo sarebbe del tutto irragionevole, infatti disincentiverebbe i soggetti economici che operano nel settore dei servizi c.d. «OTT» ad entrare nel settore della fornitura di servizi di comunicazione elettronica (e viceversa), orientando così il mercato verso un effetto distorsivo a ribasso della concorrenza con presumibili ovvi effetti negativi per i consumatori.

Il terzo ed ultimo quesito, infine, viene sorvolato dal giudice di Lussemburgo alla luce del fatto che le risposte fornite alla prima e seconda questione rendono inutile rispondere alla terza. Peraltro va segnalato come la Corte in passato, chiamata ad esprimersi sull'articolo 57 TFUE, abbia già da tempo affermato che si è comunque in presenza di remunerazione ai sensi del Trattato anche se il fornitore del servizio è pagato da una terza parte e non dal destinatario del servizio (Corte giust., Sent. 26.04.1988, *Bond van Adverteerders e altri/Stato olandese*, causa C-352/85, EU:C:1988:196).

6. – Sia qui consentito, per *chiudere il cerchio* e definire ancora meglio i limiti materiali fissati dalla Corte, almeno fino ad oggi, per rientrare nella nozione di «servizio di comunicazione elettronica», solo un accenno ad una recentissima sentenza speculare a quella in commento, emanata sempre dalla Quarta Sezione della Corte, circa una settimana prima (Corte giust., Sent. 5.6.2018, *Skype Communications IBPT*, causa C-142/18, EU:C:2019:460), con la quale, al contrario, la fornitura di un software che ha una funzionalità che offre un servizio «Voice over Internet Protocol (VoIP) [telefonia vocale su IP (VoIP)], nel caso di specie erogato da Skype Communications Sàrl, che consente di effettuare chiamate su numeri fissi o mobili di un piano nazionale di numerazione tramite la rete telefonica pubblica commutata (PSTN), è stato invece ricompreso dalla Corte nella nozione di «servizio di comunicazione elettronica» essendo stato rilevato che, da una parte, la fornitura del servizio dà una retribuzione all'editore e, dall'altra, che tale attività implica la conclusione da parte dell'editore di specifici accordi con i fornitori di servizi di telecomunicazioni autorizzati, che si impegneranno quindi con *Skype Communications* a garantire il servizio loro richiesto.

In questo caso, infatti, la Corte ha ritenuto responsabile la società che eroga il servizio nei confronti degli utenti che hanno pagato alla stessa il prezzo di un abbonamento al servizio di comunicazione (o anche la singola prestazione), della trasmissione dei segnali vocali sulla PSTN, in quanto i passaggi intermedi dei segnali avvengono in forza di accordi stipulati dalla Società con i fornitori di servizi di telecomunicazioni e senza i quali non si potrebbe erogare detto servizio. Peraltro, come giustamente viene rilevato nella sentenza, non si potrebbe nemmeno invocare una qualche responsabilità tra utenti e fornitori di servizi di telecomunicazione, come si fa notare al punto 39 della stessa, in quanto tra di questi non intercorre alcun rapporto contrattuale. E, nel solito approccio funzionalista della Corte, non vale nemmeno, sempre al fine di essere esclusi dalla nozione di «servizio di comunicazione elettronica», che la *Skype Communications* indichi nelle sue condizioni generali di contratto di non assumere alcuna responsabilità per la trasmissione dei segnali nei confronti dei propri utenti. Ove si accettasse una tale impostazione, infatti, vorrebbe dire

che ogni singolo fornitore di servizio potrebbe sottrarsi con tale espediente all'ambito di applicazione della Direttiva quadro facendo crollare tutta l'impalcatura normativa europea volta a creare un mercato interno delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza (punto 44 e 45), che quindi riesca a produrre un mercato più competitivo con possibili ricadute benefiche sui consumatori in termini sia di migliori prestazioni che di diminuzione delle tariffe per i relativi servizi di accesso alla Rete, consentendo, proprio attraverso la funzionalizzazione del libero mercato, di rendere più agevole il godimento di quel diritto di "accesso alla Rete" che, come già ricordato, è sempre più strategico per il concreto godimento da parte dei cittadini europei di una molteplicità di diritti di varia natura e genere.

7. – Infine non si può evitare di segnalare, *de jure condendo*, che, con l'approvazione della recente direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che, con le sue 179 pagine di testo istituisce il *Codice europeo delle comunicazioni elettroniche*, i Paesi membri entro il 21 dicembre 2020 dovranno recepire le rilevanti innovazioni da questa introdotte in materia.

Più nello specifico, tra le varie novità, va qui ricordata la rinnovata nozione di «servizio di comunicazione elettronica» che dalla Direttiva viene estesa e meglio dettagliata cercando, anche alla luce delle varie sentenze della Corte (compresa quella qui in commento), di superare quello che almeno formalmente sembrava un approccio di tipo esclusivamente tecnico per lasciare maggiore spazio ad uno più funzionale, ma quindi forse anche più discrezionale.

Nella nuova Direttiva (che alla scadenza per il recepimento da parte degli Stati membri abrogherà le citate Direttive emanate nel 2002, numeri 19, 20, 21 e 22) proprio all'art. 2 comma 1, p.to 4) si può rinvenire la nuova formulazione della nozione di «servizio di comunicazione elettronica» che viene definito come: «i servizi forniti di norma a pagamento su reti di comunicazioni elettroniche, che comprendono, con l'eccezione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti, i tipi di servizi seguenti: a) «servizio di accesso a internet» quale definito all'articolo 2, secondo comma, punto 2), del regolamento (UE) 2015/2120; b) «servizio di comunicazione interpersonale»; c) servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali come i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina e per la diffusione circolare radiotelevisiva». Proprio con l'introduzione della nuova categoria dei «servizi di comunicazione interpersonale» viene decisamente ampliata e dettagliata la portata della nozione qui in analisi.

In questa sede non è consentito approfondire ulteriormente le possibili evoluzioni di tale nozione sia per ovvi limiti di spazio, sia in quanto ciò esulerebbe dalle finalità del presente scritto. Sia però concesso almeno di segnalare al lettore i considerando 15 e 16 della nuova Direttiva dai quali si comprende bene la direzione intrapresa a livello europeo volta, da una parte, a prestare particolare attenzione alla tutela dell'utente finale dei servizi già a cominciare dal punto di vista meramente definitorio; e dall'altra a coordinare e aggiornare il rapporto tra la disciplina di questa materia e quella relativa alla tutela dei dati personali e alla commercializzazione di questi ultimi da parte degli operatori che forniscono servizi di comunicazione. Ma sicuramente, non appena la nuova definizione di «servizio di comunicazione elettronica» completerà il proprio cammino di recepimento nelle singole normative nazionali trovando la piena applicazione, la Corte sarà chiamata, ancora una volta, a svolgere il proprio ruolo per cercare di meglio definire i contorni di una nozione giuridica, di fatto e ad oggi, che, sebbene cerchi di stare al passo con il vertiginoso avanzare dello sviluppo tecnologico in materia, resta ancora abbastanza sfuggente non trovando fondamento, in ultima analisi, su di un elemento tecnico oggettivo e dirimente.



## Interventi a valere sul Fondo sociale europeo (FSE): un elevato tasso di errore legittima la Commissione a disporre “ulteriori verifiche”

di Francesco Campodonico

**Title:** *Operations contributed by European Social Fund (ESF): an elevated error rate allows the European Commission to set supplementary verifications*

**Keywords:** *ESF; Operational Programme Sicilia; art. 39 Reg-EU 1260/1999; financial corrections; legal basis.*

1. – Con questa pronuncia, analogamente a quanto già avvenuto a proposito del Fondo europeo di Sviluppo Regionale (FESR) con la sentenza 3 dicembre 2015 (*Italia c. Commissione*, C-280/14 P), la Corte di Giustizia dell’UE (CGUE) ha definitivamente “consolidato” una pesantissima (circa 380 milioni di euro) rettifica finanziaria della Commissione nell’ambito della realizzazione, con preponderante contributo europeo, del c.d. “Programma Operativo Sicilia”. Il “taglio”, disposto con Decisione della Commissione, C(2015) 9413 final, del 17 dicembre 2015, era stato deliberato a seguito di una complessa procedura di controllo sul programma in questione che, dopo aver dato luogo ad una procedura di sospensione dei pagamenti nel 2006, aveva portato, sempre nello stesso anno, ad una prima rettifica finanziaria (pari a circa 14 milioni e mezzo di euro), formalmente accettata dalle autorità italiane nel 2007. Tuttavia, nel maggio 2008, a seguito di una comunicazione da parte dell’Autorità di Audit (AdA, autorità responsabile dei controlli c.d. di “secondo livello”), che aveva rilevato un elevato tasso di errore (pari al 37,63%) sul programma, la Commissione europea disponeva una “seconda visita di controllo da parte dei servizi della Commissione” (così nella Decisione impugnata, pag. 4). L’esito di questo secondo audit della Commissione evidenziava un diverso e maggiore tasso di errore, pari al 54,03%.

2. – Nel 2010, a chiusura delle attività relative all’intervento in questione, le autorità italiane (la Regione Sicilia e, segnatamente, il Dipartimento regionale della Programmazione presso la Presidenza della Regione Siciliana, in qualità di Autorità di Gestione – AdG) presentavano la dichiarazione conclusiva del programma, segnalando diversi tassi di errore in relazione ai vari interventi del programma. La Commissione procedeva, tuttavia, nel rispetto del contraddittorio con la Regione, alla rettifica finanziaria delle spese ammissibili sul programma, sostenendo l’esistenza di “gravi carenze nei sistemi di gestione e controllo”, da “ritenersi, per loro natura, sistemiche” (così la Decisione impugnata, pag. 5). Tra le carenze individuate dalla Commissione vi sono tutte quelle “tipiche”, almeno nell’ambito dell’europrogettazione (e specialmente in Italia; si veda, da ultimo, la Relazione Annuale 2018 concernente i Rapporti finanziari con l’Unione europea e l’utilizzo dei fondi comunitari della Corte dei Conti, Sezione di controllo per gli affari comunitari e internazionali, Delibera 1/19): operazioni non ammissibili, spese non

ammissibili, esecuzione delle attività non conformi alle descrizioni dei progetti, violazione della normativa europea e nazionale in materia di appalti. Inoltre, l'Autorità di Gestione del programma – secondo quanto riportato ancora dalla Commissione (v. Decisione impugnata pag. 7) – avrebbe omesso di rilevare in sede di verifiche c.d. “di primo livello” (ossia presso la stessa AdG) diverse “carenze” che, invece, l'autorità di Audit aveva – con proprio report – già segnalato alla Commissione e alle quali, comunque, l'AdG non avrebbe dato il seguito “appropriato”. Tra queste omissioni ne figurano di gravi come la mancata verifica di tutte le dichiarazioni di spesa (che sarebbero state, invece, esaminate “a campione”), diverse delle quali, infatti, riportavano o a spese non ammissibili, o a palesi violazioni delle norme sugli appalti pubblici oppure al riferimento ad operazioni non cofinanziate dal FSE.

3. – A valle della Decisione citata, l'Italia proponeva, il 29 febbraio 2016, ricorso per l'annullamento innanzi al Tribunale dell'UE, affidando la propria contestazione a sei diversi motivi. Con il primo di questi, l'Italia lamentava, tra l'altro, un'erronea applicazione dell'art. 39, par. 2 e 3, del Reg. UE n. 1260/1999 (ora abrogato), i quali – contrariamente a quanto prospettato dalla Commissione – non le avrebbero consentito di procedere alle rettifiche finanziarie sulla base di un doppio controllo a campione su spese relative a stesse annualità. Nella tesi italiana, infatti, tale articolo si sarebbe dovuto interpretare nel senso che “determinate spese possono essere verificate dalla Commissione una sola volta”, in caso contrario, infatti, “le conclusioni raggiunte all'esito di una verifica potrebbero essere rimesse indefinitamente in discussione”. Inoltre, alla Commissione sarebbe stato preclusa la possibilità di procedere a rettifiche “ulteriori” rispetto a quelle già formulate e già accettate dallo Stato membro, specialmente se relative alle stesse annualità già assoggettate ad una prima verifica (e conseguente rettifica). In ultima analisi, la tesi citata – che sarà riproposta (quasi immutata) anche innanzi alla CGUE – mirava a stabilire una precedenza del principio di affidamento e di certezza dei rapporti giuridici sulla concreta validità delle operazioni svolte e delle spese effettuate.

4. – Il Tribunale, con propria sentenza del 25 gennaio 2018, *Italia c. Commissione* (T-91/16), respingeva tutti i motivi di ricorso presentati dal nostro Paese e confermava la Decisione della Commissione. Sul punto della “doppia verifica” sulle stesse annualità, il Tribunale negava il pregio delle argomentazioni italiane, rilevando, da un lato, come la Commissione fosse certamente legittimata a procedere a nuove verifiche, in quanto aveva “fondati motivi di presumere che l'intervento in questione non fosse stato effettuato in conformità al principio di buona gestione finanziaria”. Ciò era vero specialmente in seguito alla comunicazione dell'Autorità di Audit sopra citata (che presentava un tasso di errore sul programma del 37,63%). Dall'altro lato, il Tribunale rilevava come la Commissione potesse certamente procedere alle “rettifiche finanziarie necessarie, indipendentemente dal fatto che le gravi insufficienze riscontrate fossero le stesse di quelle all'origine di una sospensione dei pagamenti”. Con riferimento al primo aspetto, il Tribunale, richiamandosi all'art. 6 del regolamento n. 438/2001, evidenziava come il diritto dell'Unione avesse già riconosciuto la possibilità di operare plurime verifiche, “a scadenze regolari”, almeno con riferimento al funzionamento dei sistemi nazionali di gestione e di controllo. L'art. 39 del reg. n. 1260/1999, poi, non esclude(va) affatto che “la Commissione possa verificare determinate spese più volte”, anzi, impone(va) alla Commissione di procedere a verifiche ogniqualvolta “constati” che le autorità nazionali competenti “non hanno adottato, nel termine impartito, le misure richieste per far fronte alle insufficienze esistenti nei sistemi di gestione e di controllo”.

5. – Il 9 aprile 2018 l'Italia impugnava, ai sensi dell'art 56 dello Statuto della CGUE, la sentenza del Tribunale, proponendo tre diversi motivi in diritto, a loro volta articolati in

una pluralità di argomenti puntuali. Il primo di questi verteva nuovamente sul tema della doppia verifica (con relativa doppia rettifica) per le prime annualità di svolgimento del programma (ante 2007), lamentando, con svariati argomenti, l'errore di diritto in cui sarebbe occorso il Tribunale nella sentenza impugnata. La Corte, tuttavia, ha respinto tutte le censure mosse dal nostro Paese e ha ritenuto corretta l'interpretazione dell'art. 39 del reg. UE 1260/1999 data dal Tribunale. Nello specifico, infatti, la Corte ravvisa che la comunicazione di un tasso di errore "così elevato" (oltre il 50%) è "idonea, contrariamente alle affermazioni della Repubblica italiana, a rivelare l'esistenza di gravi insufficienze nei sistemi di gestione e di controllo, che possono condurre a irregolarità a carattere sistemico" (così al punto 48 della sentenza in commento). Del tutto ininfluyente, poi, è ritenuta dalla Corte la circostanza, evidenziata dall'Italia, che le nuove verifiche sarebbero avvenute in un momento in cui la Commissione aveva ripreso (dopo l'intervenuta sospensione) il flusso dei pagamenti in favore dell'AdG.

6. – Pare utile evidenziare come, al punto 51 della sentenza in commento, la Corte faccia ricorso ad una singolare inversione dell'onere della prova, argomentando che, sebbene sia vero che "un tasso di errore non consente di presumere l'esistenza di gravi insufficienze nei sistemi di gestione e di controllo (...), esso non è tuttavia idoneo a dimostrare che il sistema di gestione degli interventi finanziati dai Fondi strutturali abbia funzionato correttamente". Il ragionamento della Corte sul punto, dunque, sembrerebbe convalidare il *modus operandi* della Commissione che, "allertata" da un elevato tasso di errore riscontrato dall'AdA, ha disposto nuove verifiche, intese – evidentemente – a provare l'affidabilità dei sistemi di gestione e controllo del programma. A ben vedere, però, anche le nuove verifiche svolte (nel settembre-ottobre 2008) avevano portato alla definizione di un tasso di errore (sempre elevato, ma comunque di natura presuntiva) e all'espressione di rilievi (anche gravi) in relazione "a carenze nei sistemi di gestione e di controllo" (come riportato nella Decisione della Commissione) ma non alla materiale dimostrazione di quelle "carenze sistemiche" atte a giustificare una rettifica così significativa da parte della Commissione.

Tuttavia, la giurisprudenza europea sul tema della valenza "indiziaria" delle verifiche operate dalla Commissione è da tempo orientata (almeno in ambito FESR, v. la sopra citata sentenza C-280/14 P e la giurisprudenza ivi richiamata) nel ritenere che a quest'ultima basti "corroborare con elementi probatori i dubbi seri e ragionevoli da essa espressi a proposito di tali controlli (cioè quelli svolti dall'AdG)" (v. punto 54 sentenza in commento) senza che gli sia richiesta anche la "dimostrazione esauriente" dell'insufficienza dei controlli effettuati dalle amministrazioni nazionali. Tale soluzione, infatti, sarebbe imposta dal fatto che è solo lo Stato membro interessato "a disporre delle migliori possibilità per raccogliere e verificare i dati necessari" (*ibidem*). La Corte, dunque, ammette – almeno in astratto – la possibilità che lo Stato membro possa dimostrare l'eventuale errore contenuto nelle assunzioni (si ripete, solamente presuntive) fatte dalla Commissione ma non è sufficiente che ciò sia fatto "con semplici affermazioni non suffragate da elementi atti a dimostrare l'esistenza di un sistema di controlli affidabile ed operativo" (v. punto 55).

7. – Infine, con un ultimo argomento (formulato sempre nell'ambito del primo motivo di ricorso), l'Italia lamentava che le verifiche della Commissione fossero state svolte, con riferimento ad annualità già oggetto di controllo a campione, su operazioni già sottoposte a precedente verifica, contrariamente all'affermazione fatta dal Tribunale al punto 72 della sua sentenza. Ciò era argomentato a partire dal (logicamente debole) assunto che una verifica a campione di spese "consente di valutare complessivamente la correttezza di tutte le spese effettuate nel periodo oggetto di tale verifica" (v. punto 63 della sentenza in commento) e in tal senso deporrebbero anche gli artt. 4 e 10 del regolamento n. 438/2001 (ora abrogato). La Corte, però, rifiuta anche questo argomento. Se, infatti, è vero che l'art.

4 del reg. ult. cit. contempla(va) la verifica delle spese mediante campionatura delle operazioni di un programma e che l'art. 10 dello stesso regolamento "fissa gli obiettivi dei controlli svolti dagli Stati membri sulla base di campioni adeguati", che "tenga(no) conto dell'obbligo di controllare operazioni di vario tipo e di varie dimensioni", è altresì vero che da nessuna di queste disposizioni discende(va) il divieto di sottoporre nuovamente a verifiche le operazioni (e relative spese) già oggetto di precedenti controlli a campione.

8. – In conclusione, tralasciando l'esame degli altri motivi d'impugnazione (in ragione del loro scarso rilievo), è possibile evidenziare come, da un lato, la disciplina attualmente in vigore (sostitutiva dei regolamenti sopra citati, v. il reg. UE 1303/2013) non si discosti, nella sostanza, da quanto già previsto dai precedenti regolamenti e, dunque, tale giurisprudenza appare suscettibile di positiva estensione anche alle successive programmazioni europee (2007/2013 e 2014/2020) e, dall'altro lato, come tale decisione sia, con la conferma della Decisione della Commissione, produttiva di un danno certo e definitivo a carico delle finanze pubbliche. Questa pronuncia, se pure non rappresenta un'assoluta novità nel panorama della (perlomeno difficoltosa) "gestione nostrana" dei progetti europei, affronta – per la prima volta – il nodo di un doppio controllo spiegato dagli uffici della Commissione europea, con i quali, spesso, le nostre Autorità di Gestione instaurano rapporti dialettici e poco collaborativi. La Commissione possiede ora uno strumento di controllo aggiuntivo, un'"arma" (anche di tipo negoziale) tutt'altro che irrilevante: la ripetizione dei controlli (a campione) su annualità già ufficialmente "controllate", infatti, non consentirà più alle Autorità di Gestione di "chiudere i conti" – almeno periodicamente – con le gestioni passate e rischierà di "riportare a nuovo" singole partite che le amministrazioni precedenti potrebbero già aver considerato "concluse". Infine, questa relevantissima rettifica finanziaria (che ha sollevato un giusto interesse da parte degli organi di stampa nazionali) è la prima a colpire duramente un programma importante, in ambito sociale, gestito da una regione italiana. Per chi, come lo scrivente, ha avuto modo di lavorare e quotidianamente lavora sui c.d. "progetti europei", conoscendone potenzialità (elevata capacità di spesa, possibilità di fruttuose sinergie interregionali e internazionali, focalizzazione su determinati target strategici, ecc.) e limiti (eccessiva rigidità dei programmi, esiguità delle operazioni ammissibili e delle tipologie di spese, elevatissimo numero di adempimenti aggiuntivi rispetto a quelli richiesti per i "progetti ministeriali", notevole grado di incertezza nel sistema/nei sistemi regolatori interni ai diversi programmi, causato anche dal profluvio di circolari, manuali, linee guida, atti di indirizzo ecc. adottati dalle varie autorità preposte) ciò rappresenta un fallimento e, di certo, un grave danno per l'intera collettività. Le conseguenze di questa rettifica dipendono, in larga parte, dal sistema di finanziamento che era stato prescelto dall'AdG al momento di avvio del programma. Se, infatti, l'autorità nazionale aveva proceduto mediante richieste di pagamenti diretti dalle autorità europee (come sembra evincersi dal testo della Decisione e delle sentenze trattate), l'Unione chiederà alle autorità responsabili il rimborso della spesa già effettuata (e la Regione Sicilia dovrà, verosimilmente, far fronte alla richiesta mediante il ricorso a nuovo debito). Qualora, invece, la Regione avesse scelto di anticipare la spesa mediante la contrazione di mutui e di procedere poi, successivamente alla loro rendicontazione e ai successivi pagamenti da parte dell'Unione, alla chiusura di questi ultimi, essa si troverebbe già indebitata per un importo pari alla spesa non riconosciuta (i famosi 380 milioni). L'accertamento delle eventuali responsabilità erariali conseguenti, tuttavia, non si annuncia semplice, trattandosi, nei fatti, di progetti "giganteschi" – formati, cioè, da una moltitudine di operazioni e di interventi specifici (e, conseguentemente, da una pletora di procedimenti amministrativi cui, verosimilmente, erano preposti responsabili diversi). Infine, l'azione per responsabilità amministrativa verso i responsabili dell'AdG e gli organi incaricati del controllo, senz'altro possibile in teoria, rischia, tuttavia, di infrangersi (o di vedersi fortemente ridimensionata) in quella valutazione sull'apporto personale alla produzione del danno che, oramai da tempo, la giurisprudenza della Corte dei Conti ha fatto proprio.

## Il diritto di libero accesso a una manifestazione sportiva e il divieto di discriminazioni fondate sulla cittadinanza

*di Alessandro Caprotti*

**Title: The Right to Free Access to a National Sport Event and the Prohibition of Discrimination on grounds of the Nationality**

**Keywords:** Sport Event; Discrimination; Nationality.

1. – La parità di trattamento tra i cittadini dell'Unione Europea è un principio che viene identificato quale punto di riferimento nella lotta ad ogni tipologia di discriminazione ingiustificata. Frequentemente la Corte di Giustizia si è trovata ad affrontare situazioni di mancata applicazione di detto principio principalmente nell'ambito di alcuni procedimenti riguardanti la materia laburistica e il diritto a non essere discriminati sul luogo di lavoro.

Tuttavia la sentenza oggetto del presente commento riguarda una materia, quella del diritto allo sport, che, con meno frequenza, rientra nel novero delle situazioni tipo usualmente affrontate dalla Corte in materia antidiscriminatoria.

La domanda di rinvio pregiudiziale, è stata presentata nelle more di una controversia tra, da un lato, la *TopFit eV* e il Sig. Daniele Biffi (cittadino italiano) e dall'altro il *Deutscher Leichtathletikverband eV* (Federazione nazionale tedesca di atletica leggera; di seguito: il «DLV») riguardo alla partecipazione di cittadini di altri Stati membri a campionati nazionali dilettantistici di atletica leggera.

Dal punto di vista normativo, la questione si sostanzia nel verificare se le disposizioni del regolamento tedesco dell'atletica (*Deutsche Leichtathletikordnung*) emanato direttamente dal DLV quale organo di autogoverno sportivo, rispettino i principi espressi dal diritto dell'Unione.

In particolare si rileva la necessità di valutare la conformità dell'articolo 5.2.1, relativo al diritto di partecipazione ai campionati dilettantistici (“In linea di principio, tutti i campionati sono aperti a tutti gli atleti che abbiano la cittadinanza tedesca e cui sia stato riconosciuto un valido diritto di partecipazione a nome di un’associazione sportiva/associazione tra atleti tedesca”), alle disposizioni contenute dall'articolo 165 TFUE riguardo la promozione dei profili europei dello sport; la disciplina sportiva è, infatti, tutelata dalla normativa europea tenendo conto delle specificità, delle strutture fondate sul volontariato, della funzione sociale e educativa e garantendo l’equità e l’apertura delle competizioni sportive ad ogni cittadino dell'Unione Europea.

Originariamente, peraltro, il regolamento prevedeva anche un articolo 5.2.2 in forza del quale i cittadini dell'Unione erano ammessi a partecipare ai campionati tedeschi se titolari di un diritto di partecipazione a nome di un'associazione sportiva tedesca; tuttavia, detta disposizione risulta essere stata abrogata il 17 giugno 2016 e mai sostituita.

2. – Riassumendo gli avvenimenti relativi al procedimento principale: il Sig. Biffi è un cittadino italiano residente in Germania dal 2003 che pratica amatorialmente le distanze dei 60, 100, 200, 400 metri piani nella categoria senior; egli è membro della *TopFit* un'associazione sportiva avente sede a Berlino (Germania) e membro del *Berliner Leichtathletik-Verband* (federazione di atletica leggera di Berlino), a sua volta membro del DLV.

Dal 2012, a seguito del mancato rinnovo della propria affiliazione alla federazione italiana di atletica leggera, il Sig. Biffi ha iniziato a partecipare ai campionati nazionali senior tedeschi.

Come già anticipato, fino al 2016 l'articolo 5.2.2 del regolamento sull'atletica leggera prevedeva che la partecipazione ai campionati tedeschi fosse aperta anche a tutti i cittadini dell'Unione non aventi la cittadinanza tedesca, sempre se titolari di un diritto di partecipazione. A seguito dell'abrogazione dello stesso articolo, il DLV aveva precisato come, secondo la lettera dell'articolo 5.2 epurato del paragrafo di cui sopra, solo gli atleti di cittadinanza tedesca avessero la priorità nella selezione per la partecipazione ai campionati nazionali. La giustificazione principale di questa modifica adottata dalla federazione è stata quella di avere la certezza di poter proclamare un campione nazionale che abbia la cittadinanza tedesca.

Tuttavia il DLV ha specificato, nelle sue note di difesa nel procedimento presso il giudice del rinvio, come possano essere autorizzati a partecipare anche cittadini stranieri, previo ottenimento di un diritto di partecipazione da parte di un'associazione sportiva tedesca, limitando la partecipazione di quest'ultimi solo ai primi turni di una gara di corsa o ai primi tre tentativi di una gara tecnica (quali il salto in lungo, salto in alto, lancio del peso, ecc...).

In base a quanto sopra sostenuto l'iscrizione effettuata dalla *TopFit* a favore del sig. Biffi ai campionati tedeschi tenutisi ad Erfurt il 4 e 5 marzo 2017 era stata respinta nonostante egli soddisfacesse tutte le condizioni per parteciparvi, esclusa quella relativa alla cittadinanza. Contro la decisione di rigetto, la *TopFit* e il sig. Biffi presentavano invano un reclamo dinanzi alla commissione giuridica della federazione.

Tuttavia la commissione federale aveva infine deciso di permettere al Sig. Biffi di potersi iscrivere ai seguenti campionati nazionali (Zittau dal 30 giugno al 2 luglio 2017) consentendo all'atleta di partecipare esclusivamente come "esterno", senza convalida ufficiale dei risultati sportivi eventualmente conseguiti. Pertanto, la *TopFit* e il ricorrente hanno deciso unitamente di presentare una domanda per un provvedimento giudiziario provvisorio *all'Amtsgericht Darmstadt* (Tribunale circoscrizionale di Darmstadt, Germania) al fine di garantire la sua piena partecipazione ai campionati. Tale richiesta viene, però, respinta confermando la possibilità di partecipazione al Signor Biffi ma solo nelle modalità previste dalla federazione.

L'associazione e il suo assistito, a tal punto, hanno avanzato una seconda richiesta al Tribunale tedesco in cui era richiesta la concessione di un'autorizzazione non solo alla partecipazione a futuri campionati tedeschi di atletica leggera nella categoria senior ma anche alla valutazione dei risultati sportivi (elemento mancante secondo quanto indicato dal regolamento federale), sottolineando come il Sig. Biffi soddisfi tutti i requisiti posti dalla federazione, in particolare in materia di prestazioni, sempre escludendo, ovviamente, la condizione relativa al possesso della cittadinanza tedesca. Giunti nelle more del procedimento, il giudice del rinvio si è domandato sin da subito se la condizione di cittadinanza imposta dalla federazione possa configurare (direttamente o indirettamente) una discriminazione illegittima contraria alle norme del Trattati istitutivi dell'Unione Europea. Sulla questione il DLV aveva sottolineato come il requisito in oggetto non sarebbe contrario alle normative europee poiché la pratica sportiva non costituirebbe un'attività economica e, pertanto, non rientrerebbe nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Tuttavia i dubbi del tribunale permangono, soprattutto con riferimento alle disposizioni dell'articolo 165 del TFUE, il quale fa riferimento diretto all'attività sportiva

e che, per tale motivo, sembrerebbe poter configurare effettivamente applicabilità delle norme europee anche alla materia sportivo; a sostegno di ciò, secondo il giudice tedesco, verrebbe in supporto la pacifica interpretazione giurisprudenziale conferita all'ambito di applicazione del diritto di soggiorno dei cittadini europei in un altro stato membro; secondo la disciplina prevista dagli articoli 18, 20 e 21 del TFUE l'esercizio del diritto di libero soggiorno, infatti, non dipenderebbe dall'esercizio di un'attività economica.

Peraltro, a giudizio del Tribunale in astratto potrebbe essere ammissibile l'esistenza di disposizioni che limitino la partecipazione ad alcuni eventi sportivi (ad esempio campionati nazionali), tuttavia si chiede se e in quale modalità tali restrizioni debbano essere giustificate e se le stesse siano proporzionali al risultato che la federazione tedesca vuole raggiungere.

In considerazione di ciò il Tribunale circoscrizionale di Darmstadt ha deciso di sospendere il procedimento e di porre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni:

- 1) “Se gli articoli 18, 21 e 165 TFUE debbano essere interpretati nel senso che una disposizione della disciplina dell'atletica leggera prevista da un'associazione di uno Stato membro la quale subordina la partecipazione ai campionati nazionali alla cittadinanza dello Stato membro integri una discriminazione illegittima.
- 2) Se gli articoli 18, 21 e 165 TFUE debbano essere interpretati nel senso che un'associazione sportiva di uno Stato membro che permette agli atleti dilettanti privi della cittadinanza dello Stato membro di partecipare ai campionati nazionali unicamente come “esterni” o “senza valutazione” e che non consente loro di partecipare alle corse e alle gare finali li discrimini in maniera illegittima.
- 3) Se gli articoli 18, 21 e 165 TFUE debbano essere interpretati nel senso che un'associazione sportiva di uno Stato membro che esclude gli atleti dilettanti privi della cittadinanza dello Stato membro dall'assegnazione di titoli nazionali o dal piazzamento li discrimini in maniera illegittima”.

3. – Cominciando l'analisi dalla prima questione posta dal tribunale tedesco, la Corte di Giustizia chiarisce subito come il Sig. Biffi, cittadino italiano trasferitosi in Germania dove risiede da 15 anni, ha esercitato, per tutto il tempo di residenza in terra tedesca, il suo diritto alla libera circolazione ai sensi dell'articolo 21 TFUE. La Corte, peraltro, è solerte nel sottolineare che, come da giurisprudenza costante, lo status di cittadino dell'Unione prevede che ogni cittadino europeo, nel proprio Stato di residenza, ottenga il medesimo trattamento giuridico di ogni persona avente la cittadinanza di quella nazione (come già espresso nella sentenza del 20 settembre 2001 Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, punto 31). Peraltro, viene ribadito come ogni situazione che certifichi l'esistenza di un cittadino dell'Unione che si sia avvalso della libertà di circolazione ex art. 21 TFUE rientri anche nell'ambito di applicazione dell'articolo 18 TFUE, il quale sancisce il divieto di discriminazioni in base alla cittadinanza (sentenza del 13 novembre 2018, Raugevicius, C-247/17, EU:C:2018:898, punto 27).

Ciò che tuttavia è fondamentale, nel caso di specie, è ricordare come tale principio sia perfettamente applicabile anche a qualunque cittadino europeo che risieda in uno stato membro differente da quello di cui ha la cittadinanza e che voglia partecipare a una manifestazione sportiva nel paese di residenza. Infatti, l'applicazione dei principi espressi dal TFUE sono esercitabili indipendentemente dalla natura economica della situazione in cui è coinvolta una persona.

Secondo la Corte di Giustizia, l'accesso alle attività ricreative promosse nello stato di residenza costituisce un corollario del diritto alla libertà di circolazione; inoltre, i diritti conferiti ad un cittadino dall'articolo 21 TFUE sono volti a favorire l'inserimento della persona interessata nel nuovo paese ospitante, comprendendo una serie di garanzie che hanno il fine di promuovere l'integrazione, non solo economica, ma anche sociale dell'interessato (si veda in tal senso, sentenza del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 56).

I giudici hanno sottolineato poi l'importanza conferita allo sport dilettantistico dall'articolo 165 TFUE. Tale disposizione ribadisce la rilevanza sociale dello sport, in particolare all'interno delle associazioni sportive, come fattore di integrazione sociale e fa dell'Unione Europea l'organismo promotrice del libero accesso alle attività sportive in ogni stato membro (vedasi in tale senso la celebre sentenza del 15 dicembre 1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, punto 106).

In considerazione di ciò, dal combinato disposto degli articoli 21 e 165 TFUE la pratica sportiva dilettantistica consente ad un cittadino dell'Unione, che risieda in uno stato membro differente da quello in cui ha la cittadinanza una corretta integrazione nel tessuto sociale nazionale e l'Unione stessa ha il compito di garantire il libero accesso a tale attività quale strumento di inserimento e promozione sociale; tra le materie di cui è competente l'Europa, pertanto, vi è anche quella relativa all'accesso alle competizioni sportive nazionali di qualunque livello.

Chiarita quindi la competenza dell'Unione in materia da un punto di vista sostanziale, la Corte si è concentrata a verificare se le norme europee possano considerarsi formalmente competenti a vincolare una federazione sportiva nazionale relativamente alla regolazione interna del settore sportivo di riferimento. Le federazioni sportive, infatti, sono (o dovrebbero essere) organismi di autogoverno dello sport, svincolati dagli organi di potere statali, da tale condizione ne consegue l'impossibilità di applicare automaticamente i principi espressi nei trattati come avverrebbe in presenza di una normativa statale, trattandosi di una fonte legislativa di tipologia differente.

La Corte nell'incipit al suo ragionamento sull'argomento ha rammentato come, per giurisprudenza costante, il rispetto delle libertà fondamentali e il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza si impongono anche alle normative non di provenienza statale purché queste siano dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato o eventuali prestazioni di servizi. Appare pertanto evidente, secondo i giudici europei, che l'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone fra gli stati membri, indicato come obiettivo fondamentale dell'Unione agli articoli 3 e 6 del TFUE, sarebbe compromessa se il vincolo imposto dalla disciplina dei Trattati riguardasse esclusivamente l'ambito pubblico ed esentasse le associazioni o enti di altra natura dal rispetto dell'obiettivo perseguito.

A maggior ragione, il principio espresso dalla consolidata giurisprudenza europea, si deve applicare in presenza di organizzazioni che detengano un certo potere sui privati, essendo in grado di imporre limitazioni o restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali (si veda in tal senso, sentenza del 3 ottobre 2000, *Ferlini*, C-411/98, EU:C:2000:530, punto 50).

Secondo quanto sopra espresso si deve ritenere che le norme, legittimamente assunte da una federazione sportiva nazionale e in particolare quelle disciplinanti l'accesso di cittadini dell'Unione europea alle manifestazioni sportive, siano in ogni caso sottoposte ad un obbligo di conformità agli articoli 18 e 21 del TFUE.

4. – Confermata l'applicabilità anche sul piano formale dei Trattati istitutivi alle normative delle federazioni sportive, la Corte, come ultima analisi, si focalizza nel valutare se, in concreto, le norme approvate dal DLV siano conformi alla disciplina europea.

Il primo elemento preso in considerazione è quello relativo alla riforma del 2016.

Con l'abrogazione dell'articolo 5.2.2 la federazione di atletica tedesca ha legittimato una differenza di trattamento basata sulla cittadinanza del Sig. Biffi. Il ricorrente, infatti, sebbene soddisfi le condizioni relative alle prestazioni sportive indicate dal regolamento e disponga di un'autorizzazione a partecipare a gare sportive emessa da un'associazione sportiva affiliata alla federazione è stato escluso, per il fatto di non avere la cittadinanza tedesca, dalla manifestazione e in un secondo, vi è stato ammesso solo parzialmente.



In una situazione simile, secondo gli avvocati della *TopFit*, il danno nei confronti dei soggetti non aventi la cittadinanza tedesca è ulteriormente amplificato dal fatto che una siffatta disposizione regolamentare potrebbe indurre le varie associazioni sportive a non rilasciare le autorizzazioni di partecipazione a cittadini non tedeschi, tutto ciò in considerazione del fatto che tali atleti non vedrebbero i propri risultati sportivi ufficializzati al termine della manifestazione.

Inoltre, giudizio della Corte, la differenza di trattamento, rendendo meno “attraente” l’adesione al campionato nazionale da parte dei cittadini dell’Unione non tedeschi, è idonea a configurare una restrizione della libertà di circolazione ai sensi dell’articolo 21 TFUE.

Tale restrizione, tuttavia, potrebbe ritenersi legittima nel caso in cui rispondesse a necessità fondate su considerazioni oggettive e se la stessa fosse proporzionata all’obiettivo legittimamente perseguito dalla normativa federale (si veda in tal senso, sentenza del 13 novembre 2018, Raugevicius, C-247/17, EU:C:2018:898, punto 31). Proprio sull’argomento, inoltre, la Corte di Giustizia era già intervenuta più volte in passato dichiarando che le disposizioni sulla libera circolazione dei cittadini europei all’interno dell’Unione non ostano a normative o prassi nazionali che limitino la partecipazione a determinate competizioni sportive se queste risultino giustificate dalla natura e il contesto sportivo entro cui vengono applicate; tuttavia, dette restrizioni devono restare all’interno dei limiti di un obiettivo chiaro e specifico e, in ogni caso, non possono essere invocate per escludere un’intera attività sportiva dall’ambito di applicazione della normativa espressa dai Trattati (si veda ancora in tal senso, sentenza del 15 dicembre 1995, Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463, punti 76 e 127).

A tal proposito, l’attribuzione del titolo di campione nazionale in una disciplina sportiva non copre tutte le competizioni che si svolgono a livello nazionale in detta disciplina, e parrebbe legittimo voler riservare l’attribuzione del titolo nazionale in un determinato sport esclusivamente a cittadini nazionali, visto che il possesso di una determinata cittadinanza è considerato requisito fondamentale per l’ottenimento del titolo di campione nazionale. Tutte le eventuali deroghe sopra esposte, però, sebbene astrattamente legittime, devono risultare sempre conformi al principio di proporzionalità e, e, pertanto, non prevedere soluzioni eccessivamente restrittive dei diritti previsti dalla normativa europea.

Relativamente alle motivazioni alla base della normativa nazionale, nelle note difensive di parte, come già espresso nelle more del giudizio di merito, il DLV aveva indicato come, secondo le competenze attribuitegli dall’ordinamento tedesco, esso goda della piena autonomia nella fissazione delle norme puramente sportive.

In aggiunta ciò nella difesa dibattimentale innanzi la Corte di Giustizia, la federazione ha precisato che le restrizioni applicate sono fondate su due distinte giustificazioni.

In primo luogo, la designazione del podio ad un campionato nazionale serve a selezionare gli atleti che rappresenteranno il paese nelle manifestazioni internazionali (campionati europei, campionati mondiali, ecc...) sotto l’abbreviazione identificativa “GER” e, tale onere, può ricadere solo su atleti aventi la cittadinanza tedesca.

In secondo luogo, a differenza di quanto avveniva prima del 2016, non sarebbe più possibile applicare discipline differenti a seconda delle categorie di età degli atleti e, pertanto, non è stato più ammissibile prevedere una deroga al requisito della nazionalità ad esclusivo vantaggio della categoria senior rispetto ai giovani under 20 e alla categoria “élite”.

La Corte, in risposta alle difese sopra esposte, ha riscontrato come il fatto che una norma sia ritenuta puramente sportiva e pertanto di competenza esclusiva della federazione, non implichi l’esclusione di essa dalla sfera di applicazione dei Trattati e in conseguenza di ciò, anche la giustificazione indicata nel giudizio di merito dal DLV, per cui il pubblico si aspetti che un campione nazionale abbia la cittadinanza di tale paese, non

è sufficiente a legittimare l'adozione di restrizioni totali alla partecipazione di cittadini stranieri ai campionati tedeschi.

In ordine, invece, alle due ulteriori giustificazioni addotte dal DLV durante il dibattimento, la Corte di Giustizia ha dichiarato che:

- Con riferimento alla prima giustificazione, dall'udienza è emerso che il DLV non seleziona esso stesso i partecipanti ai campionati internazionali della categoria senior ma sono gli atleti appartenenti ad un'associazione sportiva affiliata al DLV che soddisfano le condizioni di prestazione prestabilite che, a prescindere dalla loro cittadinanza, possono partecipare a tali campionati ed iscriversi autonomamente. Secondo quanto sopra indicato, quindi, nulla osta a che un cittadino di uno stato membro diverso partecipi e diventi, ad esempio, campione d'Europa nella categoria senior gareggiando per la Germania; la selezione personale del DLV infatti, avviene solo per la partecipazione ai campionati internazionali della categoria "élite".
- Per quanto concerne la seconda giustificazione, in base a quanto illustrato nel punto precedente essa non è suffragata dalle dichiarazioni del DLV sul meccanismo di selezione degli atleti a livello internazionale, poiché è emerso che tale meccanismo riguarda unicamente la categoria "élite".

5. – In considerazione di quanto sopra esposto nessuna delle giustificazioni addotte dal DLV pare basarsi su motivazioni oggettive; resta, tuttavia, in capo al giudice del rinvio la valutazione di eventuali ulteriori motivazioni che potrebbero legittimare le restrizioni inserite nel regolamento federale.

La Corte, peraltro, ricorda come, sebbene le federazioni sportive nazionali abbiano il diritto di stabilire autonomamente le norme appropriate per regolare lo svolgimento e l'accesso alle manifestazioni sportive, tali normative non devono eccedere quanto necessario per conseguire lo scopo che viene perseguito (si veda sentenza del 13 aprile 2000, Lehtonen e Castors Braine, C-176/96, EU:C:2000:201, punto 56).

Sul punto sembra opportuno segnalare un parallelismo tra la posizione delle federazioni sportive e quella delle organizzazioni di tendenza. Entrambe, infatti, sono organismi che prevedono un regime di autoregolamentazione potendo disciplinare autonomamente principi e regole di funzionamento interne; allo stesso tempo, però, tali enti hanno l'onere di conformare le proprie normative criteri indicati dalle norme del diritto europeo, specialmente con riferimento alla disciplina antidiscriminatoria.

Spetta quindi al giudice nazionale esaminare l'esistenza di altre motivazioni alla base della regolamentazione restrittiva imposta dal DLV verificando la proporzionalità delle misure adottate all'obbiettivo perseguito e al principio di promozione dello sport come elemento sociale così come indicato dall'articolo 21 TFUE.

Inoltre è opportuno sottolineare come la totale non ammissione ai campionati nazionali di atleti a motivo della loro cittadinanza è da ritenersi sempre contraria alle norme europee previste dai Trattati e pertanto sempre illegittima. Ciò che è ammissibile, se concretamente motivato, è invece la possibilità di prevedere un'ammissione solo parziale alle manifestazioni sportive, nonché l'imposizione di requisiti che prevedano la necessità dell'ottenimento di un'autorizzazione all'iscrizione rilasciata da un'associazione sportiva iscritta alla federazione di riferimento (così come indicato dalla regolamentazione tedesca).

Nel caso di specie, per le cause sopra enunciate, l'esclusione del Sig. Biffi dai campionati nazionali essendo avvenuta solo parzialmente, non può essere rilevata automaticamente dalla Corte di Giustizia ma deve passare al vaglio del giudice nazionale.

In conseguenza di ciò la Corte di Giustizia risponde ai quesiti posti dichiarando che: "gli articoli 18, 21 e 165 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa di una federazione sportiva nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale un cittadino dell'Unione, cittadino di un altro

Stato membro, che risieda da molti anni nel territorio dello Stato membro in cui tale federazione è stabilita e nel quale pratica la corsa a livello amatoriale nella categoria senior, non può partecipare ai campionati nazionali in tali discipline allo stesso titolo dei cittadini nazionali o può parteciparvi solo “come esterno” o “senza valutazione”, senza aver accesso alla finale e senza poter ottenere il titolo di campione nazionale, a meno che detta normativa sia giustificata da considerazioni oggettive e proporzionate all’obiettivo legittimamente perseguito, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”.

6. – La sentenza appena analizzata offre alcuni interessanti spunti di riflessione anche in relazione ad altri ambiti interessati dalla disciplina antidiscriminatoria europea.

In primo luogo la Corte di Giustizia afferma definitivamente l'applicabilità delle fonti primarie del diritto dell'Unione, i Trattati, anche a settori del diritto diverso dalla materia commerciale. I principi espressi dal TFUE, infatti, vincolano anche gli organismi nazionali indipendenti che legiferano su discipline diverse dal diritto aziendale quale il diritto sportivo; nel caso di specie lo sport è presentato quale elemento fondamentale di integrazione sociale fra i cittadini dell'Unione, integrazione che è promossa e tutelata dagli articoli 18 e 21 del TFUE. Per tale motivo le federazioni sportive, sebbene enti autonomi e indipendenti dal potere pubblico nazionale, devono anch'esse conformare la propria regolamentazione alla disciplina antidiscriminatoria prevista dal diritto europeo.

Come già accennato, su questo punto, il richiamo dei giudici rimanda ad un parallelismo con la posizione delle organizzazioni di tendenza. Tali associazioni identificate come organismi culturalmente ed ideologicamente orientati, così come le federazioni sportive, godono di ampi poteri di autogestione e di regolamentazione interna, ed allo stesso modo sono sottoposte all'obbligo di rispetto delle norme europee, e in particolare al divieto di non discriminazione sul luogo di lavoro previsto dalla direttiva 78/2000. Parimenti, quindi, gli organismi di autogoverno sportivo sono tenuti al conformare i propri regolamenti nazionali con i principi previsti dall'Unione, tutelando ed equiparando, quanto più possibile, il trattamento di tutti i cittadini dell'Unione Europea.

In secondo luogo, poi, la Corte ha ritenuto necessario precisare come l'onere di vigilare sul rispetto dei principi contenuti nei trattati, ricada direttamente sui giudici di merito; proprio su predetto principio la Corte negli ultimi anni ha riconosciuto grande rilievo al ruolo delle giurisdizioni nazionali.

Se, infatti, le federazioni sportive, quali organo di autogoverno dello sport in uno Stato membro, possono prevedere limitazioni alla partecipazione di cittadini stranieri alle manifestazioni nazionali, il controllo sulla legittimità e proporzionalità di dette restrizioni, quando non manifestamente contrarie alla disciplina europea, è di esclusiva competenza del giudice nazionale.



## L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia

*di Eleonora Ceccherini*

**Title:** The independence of the judiciary as key factor for the rule of law. The European Court of Justice chastises Poland

**Keywords:** Judicial independence, Rule of law, EU infringement procedure

1. – La sentenza qui annotata dirime la controversia che ha opposto la Commissione alla Repubblica di Polonia, in merito alla legislazione, che aveva anticipato l'età pensionabile dei giudici della Corte suprema e subordinato al *placet* del Presidente della Repubblica la possibilità per i magistrati di ottenere un'estensione dell'età del pensionamento. Tale disciplina, a giudizio della Commissione, incideva sul principio di indipendenza della magistratura, avendo fatto venire meno il criterio dell'immovibilità dei giudici. Il dispositivo della sentenza accoglie le censure dell'istituzione europea e condanna la Repubblica di Polonia a pagare le spese.

Analizzando nello specifico la pronuncia, la Commissione aveva eccepito alcune disposizioni della legge sulla Corte suprema dell'8 dicembre 2017 (entrata in vigore il 3 aprile 2018) che anticipavano l'età pensionabile dei giudici da 70 anni a 65 anni. L'art. 37 par. 1-4 definiva anche l'ipotesi di proroga delle funzioni da parte di coloro che si trovassero nella prossimità del compimento del 65° anno di età. Coloro, infatti, che avessero raggiunto l'età pensionabile in un periodo ricompreso fra dodici e sei mesi prima della data di entrata in vigore della legge, potevano inoltrare al Presidente della Repubblica una domanda di proseguimento delle funzioni, allegando un certificato medico di salute. Il Capo dello Stato poteva autorizzare la prosecuzione dell'incarico, previo i pareri – obbligatori ma non vincolanti – del Consiglio nazionale della magistratura da rendersi entro 30 gg. (in caso di silenzio, il parere si dava per acquisito in senso positivo) e del Primo Presidente della Corte suprema, audito l'intero collegio.

Nell'emissione del parere, il Consiglio doveva tener conto dell'interesse del sistema giudiziario, dell'interesse sociale, della razionale assegnazione degli incarichi e del carico di lavoro delle distinte sezioni. Il Presidente della Repubblica aveva tre mesi di tempo per concedere la proroga per un periodo di tre anni, eventualmente reiterabile una sola volta. Se l'iter non si concludeva prima del compimento dell'età

del congedo, il giudice poteva comunque rimanere in carica fino all'esaurimento della procedura. I giudici che avevano compiuto l'età pensionabile al momento dell'entrata in vigore della legge o che la avrebbero compiuta nei tre mesi successivi a quella data, potevano, entro un mese dall'entrata in vigore della legge, dare avvio alla procedura testé esplicitata: analogamente coloro che avrebbero compiuto 65 anni in un periodo ricompreso fra tre e dodici mesi dall'entrata in vigore della legge sarebbero stati collocati a riposo, a meno che, entro tale termine, non avessero presentato un'istanza di posticipazione alla pensione secondo le medesime procedure esemplificate in precedenza (art. 111, par. 1 e 1 *bis* della legge 8 dicembre 2017).

Le ragioni che hanno indotto la Commissione, prima a inoltrare una lettera di diffida al Governo polacco e poi, a emettere un parere motivato, dove veniva affermata la necessità di procedere a una modifica della legislazione e infine a proporre un ricorso, si basano sulla violazione di due disposizioni dell'Unione: l'art. 19 par. 1, co. 2 del TUE in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti dell'UE. La prima disposizione prescrive che gli Stati membri stabiliscono rimedi giurisdizionali al fine di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dall'Unione; mentre l'art. 47 della Carta dispone che «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo», inoltre, «ogni persona ha diritto a che la causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge».

L'esegesi delle norme induce a ritenere che la disciplina legislativa della Repubblica di Polonia costituisca una violazione del principio dell'indipendenza dei giudici o più precisamente la loro inamovibilità, che sarebbe stata lesa dall'anticipazione dell'età pensionistica; in secondo luogo, l'indipendenza dell'alta Corte sarebbe stata messa a repentaglio dal ruolo svolto dal Presidente della Repubblica nell'esercizio della sua potestà autorizzativa per il proseguimento della carica giudiziaria.

2. – Questa è la cornice di riferimento della sentenza ma prima di entrare nel merito della disamina della sentenza del massimo giudice dell'Unione, è necessario approfondire alcune pregiudiziali di ordine processuale che hanno accompagnato tale pronuncia.

In primo luogo, è da ricordare che la normativa oggetto del ricorso è stata abrogata dal Parlamento polacco con la legge 21 novembre 2018 (entrata in vigore il 1° gennaio 2019). Pertanto, la Polonia ha invocato la decadenza del contenzioso, in quanto vi sarebbe stata la cessazione del contendere. In merito a questo profilo, la Corte, accogliendo le conclusioni dell'Avvocato generale, ha deliberato che non sarebbe venuta meno la necessità di statuire sul tema, in quanto la Polonia non avrebbe adempiuto alle indicazioni del parere motivato della Commissione, adottato nella fase pre-contenziosa nei termini prescritti (il parere era stato notificato allo Stato polacco il 14 agosto 2018 e imponeva che i rilievi fossero accolti entro il mese successivo).

Stante l'inerzia o meglio la tardiva resipiscenza polacca, la Corte ritiene comunque necessario intervenire per approfondire il tema, suscettibile di un profondo interesse.

E qui emerge un altro elemento di natura processuale; infatti, la sentenza *de qua* costituisce il precipitato di un ricorso per inadempimento accompagnato da domanda cautelare, attivato ai sensi degli artt. 258-260 del TFUE, ma il 20 dicembre 2017, la Commissione aveva dato avvio alla procedura ex art. 7 TUE per violazione

dell'art. 2 del Trattato, che – come è noto – fissa i valori su cui si fonda l'Unione europea, fra i quali viene ricompreso lo stato di diritto, oltre al rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti alle minoranze.

Pertanto, sussistevano due procedure aperte nei confronti della legge sulla Corte suprema polacca: una, *ex art. 258 TFUE* di natura esclusivamente giurisdizionale e l'altra, più propriamente "politica", *ex art. 7 TUE* e la pronuncia in oggetto è stata strumentale per chiarire portata e significato di ciascuna e per verificare se l'una precludesse l'altra (sul punto cfr. le lucide osservazioni di E. Albanesi, *Pluralismo costituzionale e procedura di infrazione dell'Unione Europea*, Torino, 2018, in part. 180 e 241 ss.).

In verità, il nodo dogmatico non è sciolto dalla Corte di giustizia, poiché non rientra fra le istituzioni chiamate a dare applicazione all'art. 7 TUE. Infatti, l'art. 7.1 prevede che la Commissione o un 1/3 degli Stati membri o il Parlamento europeo segnali un chiaro rischio di violazione da parte di uno Stato membro dei principi espressi dall'art. 2 TUE al Consiglio, il quale, sentito il parere del Parlamento, può adottare con il voto favorevole dei 4/5 dei suoi membri una raccomandazione nei confronti dello Stato inadempiente. Si tratta di una misura preventiva (*early warning*), alla quale può succedere un accertamento della chiara e persistente violazione da parte del Consiglio europeo, che deve decidere all'unanimità e deliberare a maggioranza qualificata le sanzioni, le quali possono comportare anche la sospensione di alcuni diritti derivanti dall'appartenenza all'Unione, fino a ricomprendere il diritto di voto del rappresentante dello Stato in seno al Consiglio (art. 7 (2), (3) TUE) (sul punto cfr. A. Circolo, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in questa Rivista, 1/2019, 19 ss.).

È di tutta evidenza che la Corte di giustizia è esclusa dal circuito sia nella fase accertativa che sanzionatoria della procedura dell'art. 7 TUE, tuttavia, per dipanare la questione sono di ausilio le conclusioni dell'Avvocato generale, Eugeni Tanchev (cfr. punti 48-51), il quale in maniera *tranchante* ritiene che le due procedure possano operare simultaneamente, escludendo quella ipotesi, adombrata in dottrina, che l'art. 7 TUE fungesse da norma speciale rispetto a quella generale prefigurata nell'art. 258 TFUE.

In altre parole, non viene accolta la ricostruzione per la quale, in caso di lesioni dell'art. 2 TUE, si dovrebbe ricorrere all'art. 7 TUE in via esclusiva, mentre per tutte le altre violazioni del Trattato (esclusa la PESC), l'azione corretta da intraprendere sarebbe quella del procedimento di infrazione *ex art. 258 TFUE*.

L'Avvocato generale sancisce una dicotomia fra le due procedure: la prima definita appunto "politica" è strumentale a impedire violazioni sistemiche dei valori fondanti l'Unione, mentre la seconda è puramente giurisdizionale ed è preposta all'osservanza del diritto dell'Unione. La prima applicazione potrebbe portare alla sospensione dei diritti di appartenenza e di partecipazione dello Stato membro interessato, mentre la seconda prevede sanzioni più miti come quelle pecuniarie. I diversi attori coinvolti e le diverse conseguenze fondano, a giudizio dell'Avvocato generale, segnalo una dicotomia fra le procedure, che sono definite complementari e che possono agire in simultanea. Si delinea quindi una sorta di doppio binario, l'uno indipendente dall'altro.

Peraltro, come è già stato annotato, sarebbe quantomeno poco perspicuo individuare la procedura di infrazione per violazione delle norme dei Trattati, elidendo, però, forse la norma che più caratterizza il processo di integrazione sovranazionale, cioè l'art. 2 TUE, che dovrebbe costituire il tessuto connettivo che plasma l'Unione europea come una comunità politica e non come una mera aggregazione di Stati. L'articolo in questione, infatti, delinea la cornice all'interno

della quale si definiscono i rapporti di fiducia che dovrebbero intercorrere fra gli Stati membri ed esprime la sintesi della consonanza dei valori espressi dai diversi contesti giuridici rappresentati dagli ordinamenti statuali.

D'altra parte questa soluzione sembra essere anche la più efficace rispetto all'obiettivo di salvaguardare il rispetto delle norme dell'Unione sia nella loro veste di principi (i.e. art. 2 TUE) sia in quella di disposizioni più specifiche. Infatti, qualora si ravvisassero violazioni gravi, sistematiche e generalizzate dei valori espressi dall'art. 2 TUE e, pertanto, si ritenesse di innescare in via esclusiva la procedura dell'art. 7 del Trattato, è di tutta evidenza come si potrebbe materializzare un rischio di sostanziale impunità per lo Stato colpevole, dato l'alto livello di impraticabilità del perfezionamento della procedura sanzionatoria, che risulta inevitabilmente condizionata da grammatiche geo-politiche (nel caso specifico, il portavoce del Governo ungherese, Zoltán Kovács ha affermato che il Primo Ministro, — Viktor Orbán — avrebbe posto il veto a qualsiasi decisione punitiva da parte dell'Unione nei confronti della Polonia, cfr. *Orbán promises to veto any EU sanctions against Poland*, in *www.ft.com*, 8 gennaio 2016 e specularmente la Polonia ha confermato la stessa reciproca volontà, cfr. A. Rettman, *Poland to veto EU sanctions on Hungary*, in *euobserver.com/justice*, 13 settembre 2018).

L'art. 7 TUE, infatti, prefigurerebbe i contorni di un' "opzione nucleare" (così è stato definito l'allora Presidente della Commissione europea, José Barroso, il 12 settembre 2012 nel suo discorso davanti al Parlamento sullo stato dell'Unione, si legga in [https://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-596\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_en.htm), v. D. Kochenov, *Busting the myths nuclear: A commentary on article 7 TEU*, in *EUI working paper law*, 10, 2017) in grado di fungere da deterrente ma solo perché concretamente non attivabile, date le vischiosità politiche che si addensano sulla procedura. Una sua deflagrazione produrrebbe serie fratture all'interno dell'Unione con ogni probabilità difficilmente sanabili e che potrebbero mettere a repentaglio la stessa sopravvivenza del sistema europeo (cfr. sul tema in generale: L.F.M. Besselink, *The bite, the bark, and the howl. Art. 7 TEU and the rule of law initiatives*, in A. Jakab, D. Kochenov (eds.), *The enforcement of Eu law and values. Ensuring member states' compliance*, Oxford, 2017, 128 ss.).

Certo è che il ricorso alla procedura "politica" costituisce l'epifenomeno di un significativo scollamento fra i valori dell'Unione a cui gli Stati membri hanno aderito al momento della firma dei Trattati e la concreta condotta politico-istituzionale degli Stati posti sotto procedura e denuncia una situazione di grave pericolo nell'Unione. Al contrario, la procedura di infrazione sembra essere la risposta più consona per incidere su inadempimenti fisiologici e meno eversivi per l'integrazione europea.

Tuttavia, la Corte di giustizia – che come già anticipato non può pronunciarsi nel merito della procedura ex art. 7 TUE poiché non formalmente coinvolta nella questione affrontata dall'Avvocato generale - sembra trovare un modo per produrre una convergenza fra le due procedure, altrimenti tratteggiate come parallele. Infatti, nel momento in cui delinea il contesto normativo di riferimento per la risoluzione del caso, la Corte indica l'art. 2 del TUE, nonostante la Commissione si fosse limitata a inserire fra i parametri, soltanto l'art. 19, par. 1, co. 2 TUE e l'art. 47 della Carta. In questo modo, amplia il canone di legittimità, ponendo al centro della risoluzione giudiziale proprio la disposizione che inquadra lo stato di diritto come architrave del sistema (cfr. M. Schmidt, P. Bogdanowicz, *The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of article 258 TFEU*, in *Common market law review*, 55, 2018, 1061 ss.).

Se l'accertamento e soprattutto la sanzione della violazione dei principi dell'Unione diventano difficilmente azionabili per via politica, il giudice di Lussemburgo ritiene che comunque possa stigmatizzare per via giurisdizionale la medesima lesione. Certamente, l'esito è meno draconiano rispetto a quello che



potrebbe potenzialmente scaturire dalla messa in funzione dell'altra procedura, tuttavia, non è da sottovalutare l'impatto dell'effetto dichiarativo di una sentenza circa l'avvenuto *vulnus* della *Rule of law* da parte di uno Stato membro (K.L. Scheppele, *Enforcing the basic principles of EU law through systemic infringement actions*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, 105 ss.).

Nei punti 42-48, la Corte approfondisce questo profilo ponendo in stretta connessione l'indipendenza del giudiziario con lo Stato di diritto, affermando nitidamente, nel punto 47, che l'art. 19 del TUE «concretizza lo stato di diritto», rendendolo indefettibile per la *Rule of law*. Per sillogismo aristotelico, le insidie all'imparzialità del giudiziario erodono lo stato di diritto, il quale costituisce una delle pietre angolari del *pactum* che dà vita all'Unione, ne consegue ergo che la condotta della Polonia si traduce in un attacco al fondamento dell'Unione stessa, che esiste perché gli stati avrebbero volontariamente aderito a un preciso sistema di valori e può sussistere solo mantenendo inalterata questa condivisione. Ma se tutto ciò è vero, come ha evidenziato la Corte, la condotta polacca – seppur successivamente modificata – avrebbe costituito un attentato all'esistenza stessa dell'Unione, andando a minare un pilastro qualificante.

Sembra, dunque, che il giudice di Lussemburgo abbia trovato le modalità attraverso le quali, oltre che punire le violazioni del diritto dell'Unione, possa sanzionare anche le gravi violazioni dei principi fondanti l'Unione all'interno degli Stati membri, sottraendo agli organi di indirizzo politico dell'Unione l'onere di attivare l'iter dell'art. 7 TUE dai profili di incerta realizzazione (in questo senso, sono efficaci le parole di E. Albanesi, *The use of the EU infringement procedures to protect de facto the rule of law via the development of the parameter. From obligations under the treaties to the charter of fundamental rights*, in M. Below (ed.), *Courts, politics and constitutional law*, Abingdon-on Thames, 2019, in corso di pubblicazione).

3. – Il nerbo della pronuncia si radica sul ruolo che deve assumere la magistratura in ambito domestico e sovranazionale. Come già detto, i riferimenti normativi sono l'art. 19 par. 1 co. 2 del TUE e l'art. 47 della Carta dei diritti dell'Unione che nel combinato disposto impongono che deve assicurato il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati e per questo i cittadini dell'Unione debbono poter disporre di un ricorso effettivo dinanzi a un giudice imparziale in caso di violazione di un diritto.

I richiami alla funzione giurisdizionale presentano dei profili di indubbio rilievo in quanto accreditano l'ipotesi che i giudici nazionali, in quanto chiamati a dare attuazione alla normativa eurounitaria o come interlocutori con il giudice europeo attraverso il rinvio pregiudiziale, dovrebbero operare nelle condizioni di massima autonomia e indipendenza. La strada perseguita dalla Corte di giustizia è quella di attrarre la funzione giudicante nell'alveo del diritto dell'U.E.; in altre parole, poiché i giudici nazionali operano (anche) nell'ambito della giurisdizione dell'Unione, seppur all'interno di un ordinamento giudiziario nazionale, non potrebbero essere privati del requisito dell'indipendenza, che costituisce uno dei cardini dello stato di diritto, valore espresso dall'art. 2 TUE di tenore prescrittivo per tutti le realtà statuali aderenti.

Ma soprattutto la carenza di indipendenza inciderebbe in senso deteriore sulla qualità della *iurisdictio*: l'Unione europea gode del pieno diritto di sindacare le leggi interne di un paese riguardo l'organizzazione della magistratura in quanto i giudici interni, a cui non è assicurata l'autonomia, non possono imparzialmente dare attuazione e dichiarazione del diritto europeo riguardo a casi concreti, compromettendo “a cascata” in questo modo l'efficace azione della Corte di giustizia.

Nel definire la causa, la Grande Sezione accoglie i gravami espressi dalla Commissione, sottolineando come l'obbligo che incombe sugli Stati del rispetto del diritto dell'Unione deve concretizzarsi nella necessità che gli organi giurisdizionali – che sono chiamati non solo a dare applicazione al diritto interno ma anche quello eurounitario – svolgano la loro attività in piena autonomia, senza essere vincolati da subordinazioni gerarchiche o di altro genere.

Si tratta della prospettiva multilivello, non nel senso di un plurale sistema di garanzie posto in essere da giudici che garantiscono i diritti dei singoli partendo dal primo grado di giudizio fino all'istanza sovranazionale, quanto piuttosto di un sistema circolare il cui tessuto connettivo è costituito proprio dalla giurisdizione dell'Unione europea, ambito che risulta condiviso sia dai giudici nazionali che da quelli europei. Sembra che la Corte abbia l'ambizione di plasmare un unico *corpus* giudicante, che non potrebbe non rispondere ai requisiti dell'autonomia e dell'indipendenza, pena la violazione del diritto dei Trattati.

Le argomentazioni della Polonia, che nel procedimento orale è assistita dall'Ungheria, si esprimono criticamente su questo punto evidenziato dal giudice di Lussemburgo, in quanto sussisterebbe un'incompetenza dell'Unione europea a sindacare le norme sull'organizzazione giudiziaria degli Stati membri, poiché sarebbe una materia di responsabilità esclusiva degli Stati, in ossequio all'art. 6, par. 1 TUE, all'art. 51 della Carta dei diritti e al Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito.

Tuttavia, a queste indicazioni, la Corte di giustizia replica con vigore che nell'esercizio della funzione giurisdizionale, gli Stati sono tenuti a rispettare gli obblighi derivanti dall'adesione all'U.E. ed è su questa mancata ottemperanza, che si è attivato il ricorso della Commissione. Quest'ultima, infatti, ha avuto motivo di lagnanza sull'assenza di una tutela giudiziale effettiva, poiché il potere giudiziario sarebbe carente dell'autonomia e dell'imparzialità che dovrebbe invece essergli tributata.

La normativa polacca di anticipazione dell'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema, che aveva condotto a quiescenza 27 giudici su 72, aveva avuto la conseguenza di ricomporre profondamente e repentinamente l'assetto organizzativo dell'organo, violando in questo modo il principio di inamovibilità, che è una «garanzia intrinsecamente connessa all'(...)indipendenza» (punto 63). Da ciò si evincerebbe che i giudici non possono concludere il loro mandato prima dell'età pensionabile o prima del termine naturale della carica. Non viene escluso che vi possa essere un'introduzione di regole di siffatto tenore ma queste dovrebbero essere significativamente motivate e rispondenti a criteri di proporzionalità (punto 79).

Le uniche ipotesi che il giudice dell'Unione reputa legittime per una cessazione anticipata della funzioni sono quelle riconducibili a inidoneità, gravi inadempienze e incapacità e, comunque, il procedimento di rimozione non si sottrarrebbe a precise e formali procedure di garanzia.

Non sono da accogliere le motivazioni proposte dal Governo polacco, che segnalano che l'adozione della legge era causata dall'obiettivo di uniformare l'età pensionabile di tutti i pubblici dipendenti e di favorire un avvicendamento generazionale nei ranghi del potere giudiziario. Questi fini - legittimi di per sé - non sembrano costituire la vera *ratio agendi* dell'esecutivo, tant'è che con parole contundenti la Corte di giustizia afferma che, dalla lettura della relazione di accompagnamento della legge emergano «elementi tali da far sorgere seri dubbi quanto al fatto che la riforma dell'età per il pensionamento dei giudici in carica presso il *Sad Najwyższy* (Corte suprema) sia stata guidata da tali obiettivi, e non da una volontà di procedere alla rimozione di un certo gruppo di giudici di tale organo giurisdizionale» (punto 2). Peraltro lo scetticismo verso le reali intenzioni della compagine governativa con l'approvazione di questa legge sono espressamente

ribadite in più passi della sentenza (punti 87-88), a testimonianza di una severa presa di posizione del giudice di Lussemburgo.

I rilievi di eccesso di potere che vengono mossi al legislatore vertono sulla circostanza per la quale il ricambio generazionale sarebbe stato ostacolato proprio da una parte della riforma oggetto della controversia, laddove, a fronte di un anticipo di cinque anni del congedo, era prevista l'ipotesi che un giudice potesse essere prorogato nelle sue funzioni fino a sei anni dietro autorizzazione del Presidente della Repubblica, facendo svanire, quindi, l'ipotesi che nuove leve di magistrati potessero insediarsi.

Orbene, proprio su questo ultimo profilo, la Commissione aveva sollevato il secondo motivo di lagnanza in merito alla legge polacca, ritenendo contraria, sempre all'art. 19, par. 1, co. 2 TUE, siffatta attribuzione presidenziale, in assenza di indicazione di parametri certi e trasparenti sulla base dei quali negare o concedere la proroga.

Il sistema delineato, infatti, subordina la prosecuzione o meno della funzione giudicante al placet del Capo dello stato, facendo tornare alla memoria quelle prerogative regie del sovrano assoluto evidenziate da Jean Bodin.

Seppur non esplicitamente affermato, traspare dalle parole del giudice di Lussemburgo come il Presidente finirebbe per essere il solo dominus circa il proseguimento o meno della carriera di un magistrato ma questo schema non è ritenuto idoneo ad assicurare l'indipendenza della magistratura. In primo luogo, non viene celato il timore che i richiedenti, nel periodo in cui la loro istanza sia ancora *sub iudice*, si trovino in una sorta di limbo temporale, durante il quale potrebbero essere tentati di appoggiare soluzioni "gradite" al Presidente della Repubblica, al fine proprio di orientare la sua scelta. In secondo luogo, viene obiettato il fatto che la legge non aveva previsto alcun rimedio giurisdizionale rispetto a un diniego del Presidente della Repubblica. In terzo luogo, non può tacersi, le conseguenze prodotte dalla legge 8.12.2017, che ha modificato la composizione del Consiglio nazionale della magistratura e ha dato vita a un organo di autogoverno della magistratura ritenuto collaterale all'esecutivo (per un commento sulle modifiche, cfr. A. Angeli, A. Di Gregorio Jan Sawicki, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in questa Rivista 3/2017; ma per avere un'idea sulla percezione dell'organo da parte degli stessi giudici polacchi, cfr. M.Szuleka, M. Wolny, M. Kalisz, *The time of trial. How do changes in justice system affect Polish judges?*, The Helsinki Foundation for Human Rights, Warsaw, 2019).

È interessante notare che in un significativo passaggio la Grande Sezione critica con particolare severità proprio l'organizzazione e funzionamento del Consiglio (punto 100). Infatti, la legge 8 dicembre 2017 ha provveduto a modificare la legge su detto organo del 12 maggio 2011, prevedendo che i 15 membri (su 27) sarebbero stati indicati fra gli appartenenti all'ordine giudiziario ma dalla Camera bassa (merita ricordare che l'attuale composizione della *Sejm* vede la maggioranza assoluta del PiS) e non più dagli stessi giudici. Questa nuova composizione induce a ritenere che l'organo non soddisfi più i requisiti di garante dell'autonomia e indipendenza della magistratura.

Inoltre, il pervasivo esame della Corte non si limita a questa notazione, infatti, per accreditare l'irrilevanza del Consiglio come adeguato contrappeso alla volontà presidenziale, evidenzia che i pareri resi fino a quel momento al Capo dello Stato si limitavano a esprimere un *favor* o meno ai nominativi presentati e laddove fossero ancorché motivati (peraltro, condizione non obbligatoria in base alla legge), avrebbero avuto un contenuto esile o di semplice rinvio ai criteri dell'art. 37 della legge. Pertanto, lo scarso spessore dell'atto non poteva costituire una bussola utile per orientare la decisione del Presidente della Repubblica.

Il timore che traspare, neppure in maniera troppo tacita, è che i giudici potrebbero non essere così resilienti alle tentazioni di *iurisdicere* in conformità o in armonia o in sintonia con gli orientamenti espressi dal Capo dello Stato, inficiando in questo modo l'imparzialità del loro agire, procurando, quindi, un ulteriore nocumento all'indipendenza della magistratura e susseguentemente allo stato di diritto.

4. – La controversia qui annotata si segnala anche per un ulteriore profilo: il giudice di Lussemburgo, coglie l'occasione per esercitare uno scrutinio su ulteriori elementi, che solo indirettamente incidono sul *petitum*. Infatti, nel dipanare il suo ragionamento, la Corte non si sofferma solo sul tema dell'inamovibilità e dell'imparzialità del giudice, caratteristiche manifestamente compromesse dalla legge polacca ma si spinge a illustrare quali siano i diversi significati che debbono essere ricompresi nell'espressione verbale: autonomia e indipendenza della magistratura.

Nell'assolvere questo compito, certamente è stato d'ausilio riportare queste due nozioni nell'alveo dello stato di diritto, al quale opportunamente ha fatto ricorso nelle sue motivazioni (cfr. *supra* par. 2). In altre parole, l'indipendenza del giudiziario risponderebbe a una caratteristica indefettibile dell'attività giurisdizionale. In altre parole, o un giudice è indipendente o non è; la sua indipendenza diventa allora la radice nella quale alligna e si sviluppa lo stato di diritto, in cui devono sussistere dei meccanismi di controllo ed equilibrio fra i poteri.

Consapevole però che l'espressione "indipendenza" può costituire una felice sintesi di un coacervo di qualificazioni, il giudice eurounitario finisce per declinare una sorta di "statuto" per accertare l'indipendenza della magistratura, nei quali richiama la verifica delle regole sulla composizione dell'ordinamento giudiziario, sulle nomine, sulla durata delle funzioni, sulle cause di astensione, ricsuzione e revoca dei membri, oltre al tema dell'inamovibilità, sul quale proprio la sentenza *de qua* si è diffusa (punti 74-75).

Ma particolarmente incisive sono le parole che dedica al tema delle sanzioni disciplinari e al sistema di garanzie apprestate per eventuali impugnazioni. Non esita, infatti, a precisare che non è ammissibile che la potestà sanzionatoria nei confronti dei giudici possa essere utilizzata per un controllo politico delle decisioni delle autorità giudiziarie.

In questo ambito, segna il perimetro entro il quale l'ordinamento deve muoversi per garantire l'indipendenza dell'ordine giudiziario: devono essere tipizzati i comportamenti che possono integrare un illecito disciplinare, così come devono essere predeterminate le sanzioni, che debbono essere irrogate da un organo indipendente, contro i cui atti sia possibile adire le vie giurisdizionali, garantendo il diritto alla difesa (punto 77) (e qui si richiamano l'art. 47 e 48 della Carta dei diritti dell'Unione).

È palpabile tutta la delicatezza del tema ma anche la determinazione con la quale la Corte di giustizia voglia tracciare le coordinate di un'area che soprattutto negli ultimi tempi e in particolare in alcuni paesi dell'Unione è diventata una sorta di cartina di tornasole per la tenuta democratica e del principio di equilibrio fra poteri. L'obiettivo è mantenere il potere giudiziario in grado di operare come giudice dei diritti dei cittadini, al riparo da pressioni di altri poteri nelle loro diverse espressioni istituzionali.

Mai come in questo caso, paiono conferenti le parole di Montesquieu: «E non vi è libertà neppure quando il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo o da quello esecutivo. Se fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini sarebbe arbitrario: poiché il giudice sarebbe il legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore» (Montesquieu, *Esprits des lois*, Libro XI, VI, la citazione è tratta da O. Abbamonte, *Il potere dei conflitti*, Torino, 2017, 97).

5. – Volgendo lo sguardo alle tecniche argomentative, si registra – come di consueto – l'utilizzo da parte del collegio giudicante di propri precedenti. Fra le pronunce che maggiormente sono state citate c'è *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16 del 27 febbraio 2018, la quale ha avuto modo di acclarare la rilevanza dell'indipendenza del giudiziario per lo stato di diritto e il richiamo agli Stati dell'obbligo di custodia del principio per mantenere l'Unione. Si tratta, infatti, di una controversia che con significativa enfasi pone in luce l'onere che l'Unione europea ha di salvaguardare i principi fondamentali posti alla base dell'integrazione, prendendo spunto dalla legge lusitana che imponeva una riduzione stipendiale per i giudici (cfr. F. Guella, *Tagli stipendiali e indipendenza della magistratura in Portogallo: temporaneità, sostenibilità e non selettività per bilanciare convergenza finanziaria e Unione "di diritto"*, in questa Rivista, 2/2018; altresì si precisa che il tema delle retribuzione dei magistrati è stato oggetto anche di ulteriori pronunce come la sentenza *Carlos Escribano Vindel*, 7 febbraio 2019, causa C-49/18, annotata da E. Ajmar, *Il difficile bilanciamento tra tagli alla retribuzione dei giudici e principi di eguaglianza e indipendenza dell'ordine giudiziario*, in questa Rivista, 2/2019).

L'aspetto che qui colpisce è che la stessa pronuncia è utilizzata da entrambe le parti davanti alla Corte: dalla Polonia per sostenere la piena legittimità della propria disciplina legislativa e dalla stessa Corte per opporvisi.

Da una parte, il Governo polacco, ignorando la parte dogmatica della pronuncia, indugia sul dispositivo che ritiene lo Stato portoghese pienamente legittimato ad adottare norme decurtanti la retribuzione dei magistrati (M. Bonelli, M. Claes, *Judicial serendipity: How Portuguese judges come to rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 february 2018 Case C-64/16*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2018, 622 s.); dall'altra parte, la Corte, invece, ne ripropone le coordinate teoriche, che richiama l'inflessibile obbligo per gli Stati di custodire l'indipendenza della cui vigilanza si deve far carico anche l'organo di giustizia europeo.

Tuttavia, la Corte di giustizia non si sottrae ai rilievi della Polonia, operando un *distinguishing* fra il caso polacco e portoghese, annotando che la misura lusitana di riduzione salariale era limitata nel *quantum*, temporanea e non diretta a un unico organo giurisdizionale; al contrario, la legislazione polacca immetteva una prescrizione di riduzione dell'età pensionistica permanente e circoscritta all'organo di ultima istanza e che poneva fine alla carriera giudiziaria dei magistrati.

L'altro precedente "di peso", che più volte emerge a sostegno della posizione della Corte, è la sentenza della Grande sezione *Minister for Justice and Equality*, 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, con la quale è stato deciso un rinvio pregiudiziale dell'*High Court* irlandese che richiedeva se, in presenza dell'attivazione da parte della Commissione di una procedura ex art. 7 (1) TUE contro la Polonia, sussistesse comunque un obbligo per l'autorità giurisdizionale di dare esecuzione a un mandato di arresto europeo emesso dalle autorità polacche. Le incertezze irlandesi scaturivano dal fatto che si riteneva reale il rischio di violazione del principio di un giusto processo da parte delle autorità giudicanti del paese emittente il mandato. (C. Pinelli, *Violazioni sistemiche dei diritti fondamentali e crisi di fiducia fra Stati membri in un rinvio pregiudiziale della High court d'Irlanda*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 507). Come è noto, in questa sentenza la Corte stigmatizza in maniera severa il Governo polacco, concludendo che i giudici avrebbero un "obbligo flessibile" rispetto all'esecuzione del mandato. Riprendendo le conclusioni del caso *Aranyosi e Căldăraru*, 5 aprile 2016 C-404/15, l'alta corte delinea una procedura bifasica: in primo luogo, sarebbe necessario accertare che se siano state perpetrate violazioni sistemiche rispetto alle garanzie processuali, in secondo luogo, il giudice dell'esecuzione deve richiedere assicurazioni allo Stato emittente il provvedimento sul rispetto delle tutele in fase detentiva (cfr. in particolare sul ruolo degli atti della Commissione, S. Bartole, *La crisi della giustizia*

*polacca davanti alla Corte di giustizia: il caso Celmer*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, 921 ss.).

Si richiama, quindi, a una verifica *case by case*, al fine di verificare che la persona incriminata possa godere di tutte le garanzie processuali tipiche del costituzionalismo liberale. Ora, se la soluzione operata dalla Corte si dimostra estremamente rispettosa dei diritti delle persone - e ciò non può che essere salutata con estremo favore - tuttavia, testimonia *rebus sic stantibus* una sostanziale sfiducia sulla genuina vocazione liberale e democratica di alcuni paesi, distanti dalla condivisione di principi e valori che, invece, dovrebbero caratterizzare «*a more perfect union*».

Rimanendo sul tema delle fonti utilizzate per motivare la pronuncia, non mancano riferimenti espressi alla Convenzione europea dei diritti umani, segnatamente gli artt. 6 e 13 (punto 49), che corroborano l'ipotesi che il principio della tutela giurisdizionale - garantita dall'indipendenza della magistratura - costituisca una tradizione costituzionale comune (M. Volpi, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della Rete europea dei Consigli di giustizia*, in *DPCE*, 4, 2010, 1754). C'è da registrare, però, che il giudice eurounitario non ritiene di dover utilizzare la giurisprudenza di Strasburgo, come invece più sovente avviene.

Inoltre, il giudice europeo non si sottrae al richiamo di fonti di *soft law* come i pareri della Commissione di Venezia (segnatamente il parere n. 904/2017), che oramai sono divenuti documenti ampiamente utilizzati nelle giurisprudenze sia nazionali che internazionali, in quanto, seppur non vincolanti, danno conto del tasso di condivisione di norme e principi.

Anche in questo caso, non può sfuggire un'omissione: proprio l'organo del Consiglio d'Europa aveva reso pubblico un parere il 4 aprile 2011: *Report on the rule of law* (CDL-AD 2011), che ha stilato una serie di indicatori ai fini della riconoscibilità dello stato di diritto (G. Serra, *Il Consiglio d'Europa alla ricerca di una definizione di "rule of law". Sul rapporto della Commissione di Venezia "on the rule of law", del 4 aprile 2011*, in *Rivista AIC*, 3/2011).

Infine, meritano un cenno i riferimenti al diritto comparato operati nella sentenza: il Governo polacco adduce nella sua difesa il fatto che siano previsti meccanismi di proroga per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali, oltre l'età prevista per la quiescenza e addirittura si arrischia ad affermare che un meccanismo analogo è previsto per la Corte di giustizia (punto 107).

La risposta a questi rilievi da parte del giudice europeo è perentoria, in quanto diffida la Polonia dall'utilizzo dello strumento comparativo. *In primis*, perché non qualificato come risolutivo del caso e poi perché il fatto che un altro ordinamento violi il diritto dell'Unione non può essere considerato una causa di esclusione di responsabilità per un altro Stato.

Infine, si sottolinea come il richiamo al sistema di nomina dei giudici della Corte sia erroneo, in quanto la conferma dell'incarico per un secondo mandato sarebbe il frutto di una procedura garantista, essendo subordinata all'unanime consenso dei Governi degli Stati membri e al parere del Comitato ex art. 255 TFUE (punto 119-121).

6. – Non sembra azzardato affermare che sotto certi profili la Corte pone con chiarezza degli *standards* invalicabili per la definizione delle coordinate del principio di indipendenza degli organi giudicanti.

Soprattutto negli ultimi anni, i magistrati di Lussemburgo hanno avuto molteplici occasioni per intervenire, sia perché la stessa Polonia ha proceduto a una serie di riforme che hanno offuscato i tratti dell'indipendenza dell'ordinamento giudiziario, sia perché anche l'Ungheria ha dato avvio a un analogo processo di

depauperamento delle guarentigie (M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale: Ungheria e Polonia a confronto*, in *DPCE*, 1/2019, 167 ss.; S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, 295 ss.).

La “tecnica” del pensionamento dei giudici sembra essere uno strumento ricorrente per poter dare forma alle cosiddette democrazie illiberali. Infatti, in Ungheria l'età della quiescenza per i giudici, come dei procuratori e dei notai, è stata abbassata da 70 a 62 anni e questo ha comportato un rinnovo della magistratura pari a 1/3. L'azione legislativa ha prodotto un intervento censorio della Corte, che si è pronunciata in *Commissione v. Ungheria*, 6 novembre 2011, C-286/12, a cui lo Stato magiaro ha dato osservanza rendendo più graduale il processo di pensionamento dei giudici (cfr. A. Vincze, *The CJEU as the Guardian of the Hungarian Constitution: Case C-286/12 Commission v. Hungary*, in *European Public Law*, 19, 3, 2013, 489 ss.; G. Halmai, *The early retirement age of the Hungarian judges*, in F. Nicola, B. Davies (curr.), *EU law stories: contextual and critical histories of European jurisprudence*, New York, 2017, 471 ss.).

Ma l'euroscetticismo dell'area sembra essere radicato nel tempo fin dal momento del processo di adesione. Non possono dimenticare i timori espressi da alcuni Stati circa la perdita della sovranità statale a seguito di una più decisa spinta verso l'integrazione, che, come un fiume carsico, sono a più riprese emersi in Polonia, (al di là delle opinioni espresse dai politici, basterebbe richiamare alla mente la giurisprudenza polacca in merito al mandato di arresto europeo, cfr. K. Witkowska-Chrzczonec, P. Chrzczonec, *I rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario nella giurisprudenza costituzionale polacca: profili ricostruttivi e spunti problematici*, in G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale (curr.), *Riforme costituzionali e itinerari della democrazia in Europa: Italia e Polonia a confronto*, Padova, 2007, part. 234 s.; B. Gronowska, *Il mandato di arresto europeo nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale polacco*, *ibidem*, 245 ss.).

L'area dell'est europeo sembra posizionarsi in una zona grigia, dove i principi del costituzionalismo sembrano essere messi decisamente alla prova, minando in questo modo l'*ubi consistam* dell'integrazione sovranazionale europea (cfr. A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, G. Rügge, M. Schmidt, M. Taborowski, *Un possibile momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, 855 ss.; gli autori manifestano vive preoccupazioni per queste derive autoritarie alle quali solo i cittadini attraverso le urne potrebbero porre un freno).

L'auspicio è che questa sentenza possa aspirare legittimamente a essere considerata un *landmark case* sia per l'utilizzazione della procedura di infrazione come “surrogato” di quella prevista dall'art. 7 TUE, sia perché sembra enfaticamente affermare con coraggio che l'atrofia dell'indipendenza del potere giudiziario non può essere ritenuta conforme allo stato di diritto europeo.





## Monaco e Avvocato? La Corte dice sì

di Laura De Gregorio

**Title:** Monk and Lawyer? The Court's affirmative answer

**Keywords:** Incompatibility of the status of monk with practice of the profession of lawyer; Directive 98/5/EC; Rules of professional conduct

1. – Può un uomo servire due padroni? No, avrebbe risposto l'evangelista Matteo: "Nessuno può servire a due padroni. O odierà l'uno e amerà l'altro, o preferirà l'uno e disprezzerà l'altro" (Mt, 6, 24). Di diverso avviso sono, tuttavia, l'Avvocato generale e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza che qui si commenta, il cui esame consente di affrontare alcune interessanti questioni di diritto.

2209

2. – La causa C-431/17 ha ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Consiglio di Stato della Grecia e inerente all'interpretazione dell'art. 3, § 2 della direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica.

A sollecitare l'intervento della Corte è la controversia tra Monachos Eirinaios, monaco nel monastero di Petra in Grecia e avvocato abilitato presso l'Ordine degli avvocati di Cipro, e l'Ordine degli avvocati di Atene. Il primo, con domanda del 12 giugno 2015, chiedeva di essere iscritto nel registro speciale del foro di Atene in qualità di avvocato in possesso del titolo professionale acquisito a Cipro. Il diniego dell'Ordine degli avvocati di Atene, motivato dalla *incompatibilità tra l'esercizio della professione di avvocato e lo status di monaco* previsto dal Codice forense ellenico e ritenuta applicabile anche a coloro che desiderano esercitare in Grecia con il loro titolo professionale di origine, lo induceva ad impugnare la decisione davanti al Consiglio di Stato che, tuttavia, in relazione alle criticità emerse, sceglieva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte cui sottoponeva, in via pregiudiziale, un quesito relativo all'interpretazione dell'art. 3 della direttiva 98/5/CE, rubricato "Iscrizione presso l'autorità competente". Il giudice del rinvio domandava in particolare alla Corte se l'art. 3 della direttiva 98/5/CE dovesse essere inteso nel senso che l'iscrizione di un monaco della chiesa di Grecia come avvocato nell'albo dell'autorità competente di uno Stato membro diverso da quello nel quale egli abbia conseguito il suo titolo professionale *potesse essere vietata* dal legislatore nazionale (che reputa non sussistenti le garanzie riconosciute indispensabili per l'esercizio dell'attività forense, data l'incompatibilità tra

questa e lo status di monaco), ovvero, *dovesse comunque essere ammessa* non residuando alcun potere discrezionale.

Le conclusioni dell'Avvocato generale, presentate all'udienza del 19 dicembre 2018, e la decisione della Corte – Grande Sezione, pronunciata il 7 maggio 2019, esprimono una precisa scelta interpretativa (servire due padroni, esercitando la professione di avvocato anche se si è uomini di Dio, è possibile) che deve essere valutata alla luce di alcuni elementi su cui la sentenza in esame invita a soffermarsi.

3. – “L'art. 3, § 2 della direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, deve essere interpretato – si legge nel dispositivo della sentenza – nel senso che esso *osta* a una normativa nazionale che vieta a un avvocato avente lo status di monaco, iscritto presso l'autorità competente dello Stato membro di origine, di iscriversi presso l'autorità competente dello Stato membro ospitante al fine di esercitare ivi la professione utilizzando il proprio titolo, a causa dell'incompatibilità tra lo status di monaco e l'esercizio della professione forense che detta normativa prevede”.

Le parole della Corte invitano a prendere le mosse dallo studio delle fonti che vengono richiamate nel caso di specie: la direttiva europea 98/5/CE, da un lato, il Codice forense ellenico, dall'altro, per delimitarne contenuti, ratio, valore e verificare se, quella “incompatibilità dello status di monaco con l'esercizio della professione di avvocato”, al cuore della causa, non possa/debba essere meglio considerata anche guardando a fonti “altre” rispetto a quelle indicate che rinviano ad un ordinamento confessionale e non statale.

2210

3.1. – La direttiva 98/5/CE e l'*iscrizione* presso l'autorità competente. “Facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato, come libero professionista o come lavoratore subordinato, in uno Stato membro diverso da quello nel quale è stata acquisita la qualifica professionale” (art. 1, § 1 direttiva 98/5/CE); “Garantire l'integrazione dell'avvocato nella professione dello Stato membro ospitante” (considerando 2 direttiva 98/5/CE); “Rispondere alle esigenze degli utenti del diritto che, a motivo del flusso crescente delle attività commerciali, dovuto particolarmente alla creazione del mercato interno, chiedono consulenze in occasione di operazioni transfrontaliere nelle quali si trovano spesso strettamente connessi il diritto internazionale, il diritto comunitario e i diritti nazionali” (considerando 5 direttiva 98/5/CE). È su questi obiettivi che la direttiva 98/5/CE individua la propria ragione d'essere e costruisce un articolato normativo per eliminare le differenze tra le norme nazionali relative ai requisiti di iscrizione presso le autorità competenti che, dando luogo a disparità di trattamento, determinano distorsioni della concorrenza fra gli avvocati degli Stati membri nuocendo alle esigenze di quanti intendono avvalersi delle loro prestazioni professionali.

L'art. 2, comma 1 riconosce così “il diritto di esercitare stabilmente le attività di avvocato, precisate all'art. 5, in tutti gli Stati membri con il proprio titolo professionale di origine” e pone quale *condicio sine qua non*, ex art. 3, l'iscrizione presso l'autorità competente. Come emerge dal testo delle norme richiamate, *il diritto* per i cosiddetti “avvocati emigranti” di esercizio della professione in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno acquisito la qualifica si accompagna ad *un solo obbligo*, l'iscrizione, che coinvolge due destinatari (l'avvocato richiedente che *deve* iscriversi e l'autorità competente che *deve procedere* ad iscrivere) e un unico documento (il certificato dell'autorità dello Stato membro di origine attestante l'iscrizione medesima).

Il legislatore comunitario sceglie, evidentemente, una strada di semplificazione per armonizzare e uniformare ciò che è necessario al fine di esercitare *il diritto di*

*stabilimento*. Focalizza, infatti, la sua attenzione sulle norme relative alle condizioni di iscrizione dell'interessato nello Stato membro ospitante, disegnando, al tempo stesso, un diritto (per l'avvocato emigrante) e un onere (per lo Stato ospitante), entrambi automatici, da esercitare/adempiere su presentazione/ricezione del solo certificato attestante la qualifica professionale ottenuta nello Stato di origine. Limitandosi a disciplinare il diritto di stabilirsi, la direttiva *non* concerne l'accesso alla professione di avvocato, né l'esercizio di essa con il titolo rilasciato nello Stato membro ospitante.

*Neppure* essa si occupa della legittimità del diritto interno della Grecia, o di un altro Stato membro, di fissare i requisiti in base ai quali una persona possa essere considerata un avvocato secondo le proprie regole e possa esercitare con il proprio titolo. Richiedendo esclusivamente l'iscrizione presso la corrispondente autorità competente dello Stato membro di origine, la direttiva *vieta* inoltre a tutti gli Stati membri di "introdurre ulteriori requisiti".

Ora, questi rilievi sembrano essere inficiati laddove la sentenza introduce una correlazione tra art. 3 e art. 6 della direttiva 98/5/CE. "Occorre distinguere – si legge infatti al n. 30 – da un lato *l'iscrizione* presso l'autorità competente dello Stato membro ospitante di un avvocato che desidera esercitare in detto Stato membro utilizzando il suo titolo professionale di origine" e, dall'altro, "*l'esercizio* stesso della professione forense in detto Stato membro" in occasione del quale l'avvocato sarebbe soggetto alle disposizioni dell'art. 6 della stessa direttiva, rubricato "Regole professionali e deontologiche applicabili", il cui primo paragrafo ricorda che "Indipendentemente dalle regole professionali e deontologiche cui è soggetto nel proprio Stato membro di origine, l'avvocato che esercita con il proprio titolo professionale di origine è soggetto alle stesse regole professionali e deontologiche cui sono soggetti gli avvocati che esercitano col corrispondente titolo professionale dello Stato membro ospitante per tutte le attività esercitate sul territorio di detto Stato".

Per cogliere il nodo problematico che la lettura combinata degli artt. 3 e 6 pone, è necessario da un lato sottolineare come le norme deontologiche, contrariamente a quelle vertenti sui presupposti richiesti per l'iscrizione presso le autorità competenti, non sono state oggetto di armonizzazione a livello comunitario e, pertanto, possono divergere tra loro in modo significativo; dall'altro ricordare che il Codice forense ellenico, intitolato "Condizioni per diventare avvocato – Impedimenti", stabilisce, nel suo § 6 che "l'avvocato (...) non può rivestire lo status (...) di monaco" e nell'art. 7, § 1, lettere (a e (c che "chiunque sia sacerdote o monaco, o sia nominato in ruolo o occupi un posto di dipendente con contratto di lavoro o rapporto impiegatizio presso una qualsivoglia persona giuridica di diritto privato o pubblico, perde automaticamente lo status di avvocato ed è cancellato dall'albo dell'ordine di cui è membro".

Ne dovrebbe dunque conseguire, nel caso di specie, che l'autorità competente della Grecia (Stato membro ospitante) da un lato sarebbe obbligata ad iscrivere il ricorrente con il proprio titolo professionale di origine e, dall'altro, altrettanto obbligata si troverebbe a dover constatare l'automatica violazione delle regole e disposizioni di deontologia professionale perché "lo status di monaco non consente di soddisfare i requisiti e le garanzie imposte per l'esercizio nel paese della professione forense" (nn. 19 e 20). Sennonché, per comprendere le ragioni per le quali sia l'Avvocato generale che la Corte offrono una soluzione diversa rispetto a quella qui prospettata, sembra utile continuare l'analisi soffermandosi sul valore e sui contenuti dei codici forensi e delle norme ivi contenute.

3.2. – Codice forense e norme deontologiche e professionali: *l'esercizio* della professione di avvocato. Il Codice deontologico degli avvocati europei, adottato dalla sessione plenaria del CCBE – Council of Bars and Law Societies of Europe il 28 ottobre 1988 e modificato, da ultimo, nel 2007, dopo aver affermato all'art. 1 che "l'avvocato svolge un

ruolo di primo piano” perché “il suo compito non si limita al fedele adempimento di un mandato nell’ambito della legge”, dovendo egli “garantire il rispetto dello Stato di Diritto e gli interessi di coloro di cui difende i diritti e le libertà”, specifica all’art. 2 in primo luogo che “le norme deontologiche sono volte a garantire, attraverso la loro libera accettazione da parte di coloro ai quali esse si applicano, il corretto espletamento da parte dell’avvocato della sua funzione riconosciuta come indispensabile per il buon funzionamento di tutta la società umana” e che, di conseguenza, la loro mancata osservanza “può dar luogo a sanzioni disciplinari”. Chiarisce poi che se “ogni ordine forense ha proprie norme specifiche” frutto delle “sue tradizioni”, tuttavia esse “si riferiscono ai medesimi valori e rivelano spesso una base comune”. Ancora, all’art. 13, sottolinea come la progressiva integrazione dell’Unione europea e dello Spazio economico europeo, nonché l’intensificazione delle attività transnazionali degli avvocati, “hanno reso necessario, nell’interesse pubblico, definire regole uniformi” applicabili indipendentemente dall’ordine o dall’associazione giuridica di appartenenza”. A tal fine auspica da un lato che le norme del Codice “siano tenute in considerazione in sede di revisione delle norme deontologiche nazionali in vista della progressiva armonizzazione con le stesse”; dall’altro che, “nei limiti del possibile”, le norme deontologiche dei singoli Stati siano interpretate e applicate in conformità a quelle dello Codice.

Le disposizioni richiamate appaiono di grande interesse ai fini del discorso che qui si conduce.

Innanzitutto perché chiariscono il legame fra *norme deontologiche ed effettivo esercizio dell’attività forense* di cui vogliono garantire il corretto svolgimento. La possibilità di applicare sanzioni disciplinari in caso di violazione confermerebbe, del resto, che la loro ragione d’essere si situerebbe non sul piano formale dell’esistenza di specifici requisiti per l’ammissione all’attività, ma su quello sostanziale dell’esercizio concreto di essa. In secondo luogo è altrettanto interessante e significativa la lettura perché manifesta a livello europeo sia la presa di coscienza delle differenze fra ordinamenti, che la volontà di una loro non lontana uniformazione: “Uno degli scopi principali del Codice – si legge nel commento all’art. 24 del Memorandum esplicativo – è quello di ridurre al minimo e, se possibile, eliminare del tutto, i problemi che potrebbero nascere dalla ‘doppia deontologia’, ossia dall’applicazione ad una determinata situazione di una pluralità di normative nazionali eventualmente in conflitto tra loro”.

Alla luce di tali considerazioni e venendo al caso concreto, al fine di giudicare della bontà o meno dell’interpretazione del Consiglio di Stato piuttosto che di quella offerta dalla Corte, occorre interrogarsi, come consiglia l’Avvocato generale, sul senso e sul contenuto delle norme deontologiche contenute nel Codice ellenico, in particolare su quella disposizione che prevede l’incompatibilità dello status di monaco con l’esercizio della professione di avvocato. Si tratta davvero di una norma deontologica “che rientra nella sfera di competenza dello Stato membro ospitante ai sensi dell’art. 6 della direttiva 98/5/CE”?

Per le autorità greche la normativa nazionale sarebbe giustificata da regole e principi fondamentali che disciplinano l’esercizio della professione forense. Lo status di monaco, infatti, non consentirebbe a quest’ultimo di offrire garanzie quali “l’indipendenza della professione, l’attitudine a gestire controversie in un contesto conflittuale, la fissazione del suo studio reale all’interno del circondario del tribunale interessato e il rispetto del divieto di fornire servizi a titolo gratuito” (n. 18).

Diversa l’opinione dell’Avvocato generale per il quale la norma che statuisce l’incompatibilità costituirebbe una *mera presunzione* e come tale non qualificabile fra le disposizioni deontologiche destinate a regolare “la condotta effettiva e non presunti comportamenti futuri” (n. 68). Con quella norma, infatti, le autorità greche, a differenza, evidentemente, di quelle cipriote, che consentono al ricorrente di esercitare l’attività

forense, si limitano a *presumere (legittimamente?)* che lo status di monaco, più in generale di “persona religiosa”, automaticamente e inevitabilmente conduca a violare le norme cui devono ottemperare gli avvocati nello svolgimento della loro professione, così impedendo di raggiungere quegli obiettivi, di certo “lodevoli”, di tutela della corretta amministrazione della giustizia e di garanzia per i clienti di accesso a consulenze imparziali e ad una appropriata rappresentanza professionale (n. 76).

La scelta della Corte, che fa proprie le conclusioni dell’Avvocato generale, permette di pronunciarsi nel senso che l’art. 6 della direttiva 98/5/CE “non consente ad uno Stato membro di vietare automaticamente ad una persona, in possesso dei requisiti per l’iscrizione di cui all’art. 3, di esercitare la professione di avvocato in detto Stato con il suo titolo professionale di origine per il motivo che, trattandosi di una persona sottoposta alla disciplina religiosa, non può per definizione comportarsi come richiesto per fornire le garanzie necessarie per l’esercizio dell’attività forense” (n. 79). Negare, infatti, l’iscrizione ad un avvocato che desideri esercitare la professione nello Stato membro ospitante utilizzando il suo titolo professionale di origine solo perché egli ha lo status di monaco “equivarrebbe ad aggiungere una condizione di iscrizione a quelle contenute nell’art. 3, § 2 della direttiva 98/5/CE” e contrasterebbe con la direttiva stessa poiché le norme professionali e deontologiche, per essere conformi al diritto dell’Unione, devono rispettare “il principio di proporzionalità”, ossia, “non eccedere quanto necessario per conseguire gli scopi perseguiti”.

La decisione del giudice europeo suggerisce alcune riflessioni. La prima sulla normativa italiana vigente che sembra collocarsi, al riguardo, a metà strada tra l’ordinamento greco e quello cipriota. La seconda sull’incompatibilità fra lo status di monaco e la professione di avvocato vista attraverso la lente del diritto religioso.

4. – Il Codice deontologico forense italiano (approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2014) non propone una presunzione simile a quella prevista del Codice ellenico. L’art. 6, infatti, rubricato “Dovere di evitare incompatibilità”, si limita ad affermare al comma 1 che “L’avvocato deve evitare *attività incompatibili* con la permanenza dell’iscrizione all’albo” e al comma 2 che “L’avvocato non deve svolgere *attività comunque incompatibili* con i doveri di indipendenza, dignità e decoro della professione forense”. Dalla lettura di tali norme sembrerebbe, dunque, dedursi che un’eventuale incompatibilità si porrebbe solo rispetto all’esercizio e allo svolgimento *concreto* di attività, peraltro non indicate in dettaglio.

D’altro canto, è l’art. 3, comma 1, del R.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, nella legge 22 gennaio 1934, n. 36, a statuire che “l’esercizio della professione di avvocato” sia “incompatibile (...) con la qualità di ministro di qualunque culto avente giurisdizione o cura di anime”. Si tratta di una previsione che, insieme ad altre relative alle incompatibilità dei ministri di culto, presenta oggi alcune incongruenze (E. Vitali-A.G. Chizzoniti, *Manuale breve di Diritto ecclesiastico*, Milano, 2019; A. Licastro, *I ministri di culto nell’ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2005).

In primo luogo è chiaro che la norma, pur avendo per destinatari i ministri di qualunque culto (quelli della religione cattolica, allora religione dello Stato, – legge n. 810/1929 e quelli degli altri culti, diversi dalla religione cattolica apostolica romana, ammessi nello Stato purché non professassero principi e non seguissero riti contrari all’ordine pubblico e al buon costume – legge n. 1159/1929) è costruita sulla figura del ministro di culto della religione cattolica, come dimostra l’inciso “aventi giurisdizione o cura d’anime” (sono tali in particolare, ai sensi dell’art. 2 lettera (a) del Protocollo addizionale all’Accordo firmato a Roma il 18 febbraio 1984 e ratificato con la legge n. 121/1985: “gli ordinari, i parroci, i vicari parrocchiali, i rettori di chiese aperte al culto

ed i sacerdoti stabilmente addetti ai servizi di assistenza spirituale di cui all'art. 11"). Questa circostanza diventa tanto più significativa in relazione al nuovo panorama religioso italiano, connotato dalla presenza di gruppi e confessioni "altri" da quelli appartenenti al ceppo giudaico cristiano, per i quali non sempre appare semplice individuare e qualificare quali tra i fedeli siano coloro che svolgono funzione di ministri di culto (A. Bettetini, *Alla ricerca del "ministro di culto". Presente e futuro di una qualifica nella società multireligiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000/1, 249-267).

In secondo luogo, non può non rilevarsi come proprio quell'inciso, "avente giurisdizione o cura di anime", per meglio identificare i soggetti interessati dalla incompatibilità con l'esercizio dell'attività forense, sembrerebbe di fatto limitarne l'ambito di operatività dovendosi infatti distinguere fra ministri di culto *aventi* giurisdizione o cura di anime e ministri di culto *non aventi* quella giurisdizione e quella cura, liberi, sembrerebbe questi ultimi, di esercitare la professione.

Queste riflessioni, se lette alla luce della decisione della Corte e della ratio della direttiva 98/5/CE, nonché delle norme del Codice deontologico degli avvocati europei, non possono non far sorgere qualche perplessità sul testo del decreto legislativo 2 febbraio 2001 n. 96, recante "Attuazione della direttiva 98/5/CE", che richiama all'art. 5 (Norme applicabili), comma 2 l'incompatibilità di cui alla legge del 1934 stabilendo che "L'avvocato stabilito e l'avvocato integrato sono tenuti all'osservanza delle norme legislative, professionali e deontologiche che disciplinano la professione di avvocato".

5. – Come indicato in precedenza, all'attenzione del giudice europeo vi è una valutazione dell'incompatibilità fra lo status di monaco e la professione di avvocato.

Già si è detto del punto di vista del *diritto dello Stato*: la Grecia (e, per esempio, l'Italia a differenza, per esempio, di Cipro) considera in qualche modo non affidabile una persona "religiosa" nello svolgimento della professione di avvocato ed esprime questa scelta mediante la previsione di una incompatibilità. Che ne è tuttavia del *diritto religioso* della Chiesa ortodossa di Grecia o di quella di Cipro? Sanciscono questi diritti e statuiscono essi tali incompatibilità? In caso affermativo, la previsione del diritto dello Stato è utile? D'altra parte, in caso negativo, sarebbe necessaria? In che termini trova applicazione il "principio della distinzione degli ordini" in uno Stato che, pur riconoscendo nella propria Costituzione che "Freedom of religious conscience is inviolable" (art. 13) sancisce poi che "The prevailing religion in Greece is that of the Eastern Orthodox Church of Christ" (art. 3)?

Tornando al diritto religioso, ai fini dell'interrogativo posto è significativo che, nel caso di specie, il ricorrente, Monachos Eirinaios, monaco presso un monastero greco, svolga l'attività professionale di avvocato. Da questo punto di vista pare interessante un confronto con il diritto canonico che, nel Codice del 1983, promulgato da Giovanni Paolo II, a proposito dei "Ministri sacri o chierici" (libro II, parte I, titolo III) prevede, nell'ambito del capitolo III, dedicato agli "Obblighi e diritti dei chierici", ai canoni 285 e 286 alcuni impedimenti a ricevere gli ordini sacri (canone 1042) derivanti dall'esercizio di uffici o amministrazione che non riguardano tuttavia espressamente l'attività forense.

Il canone 285, infatti, stabilisce che i chierici devono astenersi "del tutto da ciò che è sconveniente al proprio stato secondo le disposizioni del diritto particolare" (§1) ed evitare quanto, "pur non essendo indecoroso, è alieno dallo stato clericale (§2). È fatto loro divieto "di assumere uffici pubblici che comportano una partecipazione all'esercizio del potere civile" (§3), nonché di intraprendere "senza la licenza del proprio Ordinario, l'amministrazione di beni di pertinenza dei laici né uffici secolari che comportino l'onere del rendiconto". È poi proibita "la fideiussione anche su propri beni senza consultare il proprio Ordinario" e la firma di "cambiali, quelle cioè con cui viene assunto l'impegno di pagare un debito senza una ragione precisa" (§4). Quanto al canone

286, si prevede il divieto per i chierici “di esercitare, personalmente o tramite altri, l’attività affaristica e commerciale, sia per il proprio interesse, sia per quello degli altri, se non con la licenza della legittima autorità ecclesiastica”.

6. – Nel concludere queste note, con cui si è tentato di illustrare le ragioni che hanno motivato la pronuncia del 2019, non si può non rileggere quell’auspicio dell’Avvocato generale affinché l’interpretazione della Corte garantisca che la direttiva 98/5/CE venga attuata “in maniera coerente e uniforme”. Proprio in questa direzione sembrano, infatti, essersi mossi i giudici della Grande Sezione che prendono atto delle prassi di alcuni paesi dell’Unione di consentire agli avvocati emigranti l’esercizio dell’attività forense con il loro titolo professionale di origine e, consapevoli delle differenti discipline esistenti, scelgono, attraverso lo strumento dell’*iscrizione presso l’autorità competente*, la strada per favorire una interpretazione della direttiva appunto “coerente” e il più possibile “uniforme”.





## Mancata indicazione separata dei costi della manodopera negli appalti pubblici e diniego di soccorso istruttorio

*di Sofia Felicioni*

**Title:** Public procurement: when labour costs are not listed separately in the tender, the denial of the *soccorso istruttorio* procedure is in line with the EU principles.

**Keywords:** Public procurement; Labour costs not listed separately in the financial tender; Automatic exclusion of tenderer.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia si è pronunciata in merito alla questione pregiudiziale sollevata dal T.a.r. per il Lazio, sezione II bis, con ordinanza del 24 aprile 2018, n. 4562, recante un quesito relativo all'interpretazione della direttiva 2014/24/UE, nonché dei principi del diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici. In particolare, con l'ordinanza richiamata il giudice rimettente ha chiesto alla Corte se i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza ostino ad una normativa nazionale che, in relazione ad un'offerta economica presentata nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, disponga, quale conseguenza della mancata indicazione separata dei costi della manodopera, l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche laddove l'obbligo di indicazione separata dei suddetti costi non venga specificato nella *lex specialis* di gara e a prescindere dal fatto che la disciplina relativa ai costi minimi della manodopera venga comunque rispettata dall'offerente da un punto di vista sostanziale.

2. – La vicenda dalla quale ha tratto origine la questione sottoposta all'attenzione dei giudici di Lussemburgo ha visto contrapporsi la Lavorgna S.r.l. al comune italiano di Montelanico, quali parti di una controversia insorta in occasione dell'espletamento di una procedura di gara aperta e sopra soglia, bandita dall'Ente locale per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati e di altri servizi d'igiene urbana.

Il provvedimento di indizione della gara di appalto ometteva di richiamare espressamente l'obbligo, incumbente sugli operatori economici in virtù di quanto prescritto all'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, di indicare nella loro offerta economica i costi della manodopera.

Tra i sei operatori che avevano proceduto a presentare un'offerta, la Gea S.r.l., pur non avendo indicato specificamente i costi della manodopera nella propria offerta economica, aveva comunque potuto aggiudicarsi la gara grazie all'attivazione, da parte della stazione appaltante, del meccanismo del soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, per il tramite del quale l'impresa era stata

ammessa a provvedere tardivamente alla suddetta specificazione, in tal modo allineandosi a quanto disposto dall'articolo 95, comma 10, del medesimo Codice.

Classificatasi seconda all'esito dell'espletamento della procedura di evidenza pubblica, la Lavorgna S.r.l. ha, dunque, impugnato l'aggiudicazione definitiva della concorrente sostenendo che, proprio in ragione della mancata specifica indicazione dei costi della manodopera, quella avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non potendo trovare applicazione nel caso di specie il rimedio del soccorso istruttorio, in quanto istituito preordinato a sanare irregolarità riguardanti esclusivamente i requisiti soggettivi di partecipazione delle imprese e non anche a supplire carenze afferenti all'offerta tecnica ed economica.

Nel richiamare gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa interna formati sul punto, il giudice del rinvio ha evidenziato come, dal quadro normativo nazionale, emerga la necessità di assumere il rispetto delle norme del nuovo Codice degli appalti quale ineludibile obbligo da assolvere inderogabilmente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, onde assicurare soddisfazione alle esigenze di massima trasparenza che la medesima normativa esprime.

D'altra parte, come l'ordinanza di rimessione ha inteso precisare, lo stesso principio di trasparenza e quello di parità di trattamento richiedono – secondo il giudice dell'Unione – «che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione a un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché quest'ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati dal fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti» (Corte di Giustizia, sentenza 2 giugno 2016, Causa C-27/15).

È sulla base di tali considerazioni – come il T.a.r per il Lazio ha rammentato – che la Corte di Giustizia ha, in alcuni suoi precedenti, ritenuto di dover riconoscere all'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di assegnare al concorrente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la propria omissione, almeno nel caso in cui l'esistenza di una condizione di partecipazione alla procedura, in quanto non espressamente prevista dalla *lex specialis* di gara, potesse essere identificata soltanto attraverso un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale. Tutto ciò alla luce dell'ulteriore osservazione per cui la sussistenza di una simile condizione si rivelerebbe particolarmente pregiudizievole per gli interessi degli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, stante la maggiore difficoltà che essi potrebbero verosimilmente incontrare nella conoscenza e, ancor più, nell'interpretazione del diritto italiano.

Proseguendo nelle argomentazioni che hanno dato corpo all'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* ha, tuttavia, rilevato come il margine di flessibilità riconosciuto agli offerenti, alle condizioni suddette, dal giudice dell'Unione, in quanto riconducibile a pronunce disposte con riferimento alla previgente normativa di cui alla direttiva n. 2004/18/CE e al d.lgs. n. 163 del 2006, in realtà non possa ritenersi confacente al tenore della normativa attualmente vigente.

La disciplina prevista dal d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, così come risultante dalle modifiche apportategli per mezzo del d.lgs. n. 56 del 2017, impone espressamente agli operatori economici l'obbligo di indicare nella propria offerta – oltre ai costi aziendali per la sicurezza dei lavoratori – i costi della manodopera (articolo 95, comma 10), escludendo allo stesso tempo che l'amministrazione aggiudicatrice possa disporre della procedura di soccorso istruttorio al fine di consentire agli offerenti di regolarizzare tale genere di carenza, in quanto attinente, per l'appunto, all'offerta economica (articolo 83, comma 9).

Secondo il giudice del rinvio la disciplina in questione presenterebbe dei profili di dubbia compatibilità con il diritto dell'Unione, dal momento che esclude la facoltà dell'amministrazione di assegnare al concorrente un termine ulteriore per integrare l'offerta, anche laddove quest'ultima, oltre ad essere stata redatta in conformità alla documentazione predisposta dalla stessa stazione appaltante e a richiamare

espressamente il rispetto dell'articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, abbia altresì rispettato, da un punto di vista sostanziale, la disciplina in materia di costi della manodopera.

Ad essere compromessi da una disciplina normativa che non ammette alcuna eccezione all'automatica esclusione dell'impresa partecipante alla gara in caso di mancata indicazione dei costi della manodopera sarebbero, specificamente, i principi generali della tutela del legittimo affidamento, della certezza del diritto e di proporzionalità, oltre a quelli del *favor participationis* e della parità di trattamento sostanziale tra le imprese concorrenti, potendosi ritrovare un concorrente escluso dalla procedura di aggiudicazione per ragioni di natura meramente formale.

Alla luce di tali considerazioni, il T.a.r. per il Lazio ha deciso di sospendere il giudizio e di rimettere alla Corte di Giustizia la menzionata questione.

3. – Nel fornire una risposta al quesito sottoposto, la Corte ha ripercorso la propria giurisprudenza ponendo al centro della sua disamina, tra i parametri invocati dal giudice del rinvio, il principio di parità di trattamento e quello di proporzionalità.

In relazione al primo parametro, il giudice dell'Unione ha ribadito che è proprio il principio di parità di trattamento ad imporre l'esigenza che i concorrenti abbiano le stesse possibilità in ordine alla formulazione delle proprie offerte, il che presuppone la necessità che tutte le offerte, da chiunque vengano presentate, siano soggette alle medesime condizioni.

In questa prospettiva, la Corte ha sottolineato il legame che congiunge il principio di trasparenza a quello di parità di trattamento, rilevando come lo scopo che il primo persegue, e che risulta funzionale alla soddisfazione delle esigenze imposte dal secondo, è quello di scongiurare il rischio che le amministrazioni aggiudicatrici possano agire in modo arbitrario ed operare dei favoritismi.

L'obbligo di trasparenza, dunque, quale corollario del principio di parità di trattamento, impone alle stazioni appaltanti di esporre tutte le condizioni e le modalità di svolgimento della procedura di aggiudicazione in maniera chiara, precisa e univoca all'interno del bando di gara o del capitolato d'onere, così che tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti siano posti nelle condizioni di comprenderne l'esatta portata e in modo tale che le stesse amministrazioni aggiudicatrici, d'altro canto, siano in grado di verificare la rispondenza effettiva delle offerte presentate ai criteri che disciplinano la medesima gara.

Se, dunque, i principi citati implicano, come conseguenza, l'illegittimità dell'esclusione facente seguito al mancato rispetto di un obbligo che non venga contemplato in maniera espressa dai documenti relativi alla procedura di gara o dal diritto nazionale vigente – limitandosi, al più, ad esser desumibile in via interpretativa dalle richiamate fonti –, a conclusioni diverse occorre giungere laddove l'obbligo disatteso dall'operatore economico sia previsto espressamente, a pena di esclusione. Nell'ipotesi in questione, infatti, secondo un orientamento costante della Corte di Giustizia, all'amministrazione aggiudicatrice risulterebbe preclusa la facoltà di procedere a qualunque rettifica.

D'altra parte, aggiunge la Corte, è lo stesso articolo 56, paragrafo 3, della direttiva n. 2014/24/UE, nel momento in cui autorizza le stazioni appaltanti a chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione asseritamente incomplete, errate o mancanti entro un termine adeguato, a far salve eventuali disposizioni contrarie del diritto nazionale. Seppur nel doveroso rispetto del principio di proporzionalità – che si impone in quanto principio generale del diritto dell'Unione, richiedendo che gli strumenti utilizzati non eccedano quanto strettamente necessario al raggiungimento dell'obiettivo perseguito per il tramite dei medesimi –, gli Stati membri sono, dunque, autorizzati a limitare i casi

in cui le amministrazioni aggiudicatrici possono disporre del meccanismo del soccorso istruttorio. Ed è proprio sulla scorta dell'articolo 56, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 che il legislatore italiano, all'articolo 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, ha deciso di limitare l'operatività del soccorso istruttorio ai casi di "mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica".

Nel caso portato all'attenzione della Corte di Giustizia, seppure il bando di gara non richiamasse esplicitamente l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera, esso tuttavia si faceva carico di specificare che, per quanto non fosse espressamente previsto nello stesso bando, nel capitolato e nel disciplinare di gara, avrebbero dovuto trovare applicazione le norme del Codice dei contratti pubblici, dovendo, pertanto, ritenersi richiamato anche l'obbligo, discendente dal combinato disposto dell'articolo 95, comma 10, e dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, di indicare separatamente, nell'offerta economica, i costi in questione.

Sulla base di queste considerazioni, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che, essendo l'obbligo dichiarativo di cui si discute contenuto in una norma primaria dal carattere sufficientemente chiaro, qualunque offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente avrebbe potuto, in linea di principio, venirne a conoscenza, costituendo, pertanto, il mancato adempimento di tale onere una grave negligenza al concorrente medesimo addebitabile.

Giungendo alla sua prima conclusione, la Corte di Giustizia ha dunque dichiarato che «i principi della parità di trattamento e di trasparenza non ostano a una normativa nazionale [...] secondo la quale la mancata indicazione dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'offerente interessato senza possibilità di ricorrere alla procedura di soccorso istruttorio, anche in un caso in cui il bando di gara non richiamasse espressamente l'obbligo legale di fornire detta indicazione».

Tale affermazione di principio, tuttavia, a giudizio della Corte, necessita di essere letta alla luce delle peculiarità caratterizzanti la fattispecie concreta.

Dal caso sottoposto alla sua attenzione, infatti, è emerso che il modulo predisposto dalla stazione appaltante, e che i concorrenti avrebbero dovuto obbligatoriamente utilizzare per la presentazione della propria offerta, non conteneva alcuno spazio fisico che potesse essere utilizzato ai fini dell'indicazione separata dei costi della manodopera. Questo fatto, unitamente alla circostanza per cui il capitolato d'oneri escludeva chiaramente la possibilità, per gli offerenti, di presentare documenti diversi da quelli specificamente richiesti dall'amministrazione, ha condotto la Corte a ritenere potenzialmente sussistente un vero e proprio impedimento materiale all'indicazione suddetta.

Giacché è al giudice del rinvio che compete statuire sui fatti della controversia principale e, perciò, anche sulla documentazione relativa al pertinente bando di gara, la Corte europea ha rimesso al T.a.r. per il Lazio il compito di verificare l'effettiva impossibilità materiale, per gli offerenti, di indicare nella propria offerta economica i costi della manodopera, conformemente all'articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici.

Nel caso in cui un simile accertamento dovesse condurre il giudice rimettente a ritenere sussistente la detta impossibilità, allora ad imporsi sarebbero i principi della certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità, in virtù dei quali l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe ben decidere di accordare al concorrente la possibilità di integrare la propria offerta entro un termine dall'amministrazione stessa stabilito.

In definitiva, dunque, i giudici europei hanno disposto che «i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa

nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice».

4. – Osservando il tema dal versante della giurisprudenza amministrativa interna, si rammenta che, vigente il vecchio Codice dei contratti pubblici, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva avuto occasione di pronunciarsi su una questione analoga a quella oggetto della sentenza in rassegna, mostrando di privilegiare esigenze di carattere sostanzialistico.

Con la sentenza n. 19 del 2016, infatti, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa aveva affermato che «nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio».

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016 – e, in particolare, del suo articolo 95, comma 10 – il citato principio di diritto è stato, tuttavia, messo in discussione, essendosi, sul punto, sviluppati due differenti orientamenti interpretativi.

Un primo filone giurisprudenziale, ponendosi in linea di continuità con quanto statuito dall'Adunanza Plenaria durante la vigenza del d.lgs. 163 del 2006, ha affermato che, nonostante l'articolo 95, comma 10, del nuovo Codice dei contratti pubblici abbia previsto, a tal riguardo, un puntuale obbligo dichiarativo, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale non determinerebbe, in ogni caso, l'automatica espulsione dell'offerente, quantomeno in tutte quelle ipotesi in cui la *lex specialis* di gara ometta di richiamare espressamente l'obbligo in questione ed il concorrente dimostri di aver sostanzialmente computato, in maniera congrua, tali oneri nella propria offerta economica (Consiglio di Stato, sentenza n. 2554 del 2018).

Secondo i sostenitori della tesi sostanzialistica, un'interpretazione diversa della nuova normativa sui contratti pubblici si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione, così come interpretato costantemente dalla Corte di Giustizia, avendo quest'ultima ribadito, proprio con riguardo agli oneri per la sicurezza dei lavoratori, che non è legittimo escludere il concorrente solo per un vizio formale della domanda o dell'offerta, purché i detti oneri, ancorché ivi non specificati separatamente, siano stati sostanzialmente ricompresi nel prezzo dell'offerta (in tal senso, Corte di Giustizia, sentenze 2 giugno 2016, causa C- 27/15, e 10 novembre 2016, causa C- 140/2016).

Per i fautori della tesi in questione, insomma, laddove non venga messo in discussione il rispetto, da parte del concorrente, degli obblighi di sicurezza, né tanto meno il sostanziale computo, nella formulazione dell'offerta, dei relativi oneri aziendali, questi ultimi non sarebbero qualificabili come elemento sostanziale dell'offerta, con la

conseguenza che i medesimi non rientrerebbero nel divieto previsto dall'articolo 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici.

D'altro canto – si aggiunge –, nessuna disposizione del Codice prescrive a chiare lettere che l'obbligo di indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale debba essere adempiuto dall'offerente a pena di esclusione, adducendosi, per tal via, a sostegno della tesi sostanzialistica altresì il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara.

Un altro orientamento, invece, valorizza gli elementi di discontinuità introdotti con la nuova disciplina, la quale, avendo previsto espressamente la necessità di indicare gli oneri per la sicurezza aziendale – oltre a quelli della manodopera – in relazione alle gare indette dall'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, avrebbe superato le incertezze interpretative sorte durante la vigenza del regime precedente, introducendo un effetto espulsivo operante automaticamente in conseguenza della mancata indicazione separata dei succitati costi, a prescindere, perciò, dalla circostanza che la *lex specialis* di gara richiami o meno il relativo obbligo.

Laddove, infatti, il più volte richiamato articolo 95, al comma 10 prevede che l'operatore debba "indicare" i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, esso non si limita a richiederli genericamente di tenerne conto nella formulazione della propria offerta, bensì di farne menzione specifica.

Per i sostenitori della tesi formalistica, dunque, in presenza di un obbligo dichiarativo espressamente enunciato dalla legge, l'estensione dell'operatività del meccanismo del soccorso istruttorio a tale genere di sanatoria si risolverebbe in un *escamotage* che finirebbe per aggirare il divieto, imposto dall'articolo 95, comma 10, del nuovo Codice, di modificare *ex post* il contenuto dell'offerta economica (Consiglio di Stato, sentenza n. 815 del 2017; nello stesso senso, Consiglio di Stato, sentenze nn. 653 e 1228 del 2018).

Al fine di dirimere questo aspro contrasto giurisprudenziale, l'Adunanza Plenaria – il cui intervento risolutore era stato nuovamente invocato dal Consiglio di Stato – ha recentemente deciso di sottoporre la questione alla Corte di Giustizia, rinviandole tre ordinanze gemelle (nn. 1, 2 e 3 del 2019).

Nel prospettare al giudice europeo la contrapposizione tra la tesi formalistica e quella sostanzialistica, la Plenaria ha portato alla sua attenzione lo scontro – che nel contesto di quella stessa contrapposizione si consuma – tra il principio della *par condicio* dei concorrenti, privilegiato dal primo orientamento, e quello della massima partecipazione, privilegiato dal secondo.

In ogni caso, le argomentazioni che il Supremo Consesso ha addotto a sostegno della propria adesione alla tesi formalistica non si sono limitate a misurarsi con questo tema, essendo stata la discussione condotta al di là dei principi che regolano lo svolgimento della gara pubblica attraverso l'introduzione di un argomento ulteriore, di carattere sostanziale, che mette a fuoco il significato dell'obbligo dichiarativo in relazione al bene giuridico che, con la previsione dello stesso obbligo, si è inteso tutelare.

L'obbligo di indicare i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori – si legge nell'ordinanza n. 1 del 2019 – «risponde all'evidente esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni», da ciò derivando che «il concorrente che formuli un'offerta economica omettendo del tutto di specificare quali siano gli oneri connessi alle prestazioni lavorative non commette soltanto una violazione di carattere formale, ma presenta un'offerta di fatto indeterminata nella sua parte più rilevante, in tal modo mostrando un contegno certamente incompatibile con l'onere di diligenza particolarmente qualificata che ci si può ragionevolmente attendere da un operatore professionale».

Con questo ulteriore argomento, insomma, l'Adunanza Plenaria ha spazzato via la distinzione, sulla quale la tesi sostanzialistica ha tratto il proprio fondamento, tra inadempimento formale e sostanziale degli obblighi di sicurezza. Nella prospettiva assunta dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa, infatti, la mancanza di una indicazione specifica e separata, all'interno dell'offerta economica, degli oneri connessi alle prestazioni lavorative è indicativa di una carenza che è sempre di carattere sostanziale, giacché preclude il perseguimento dell'obiettivo che il legislatore, attraverso la previsione del relativo obbligo dichiarativo, si è proposto di realizzare.

Ciò premesso, avendo tuttavia rilevato che la soluzione da essa prospettata avrebbe potuto rivelarsi passibile di riscontri di incompatibilità comunitaria – in particolare in relazione ai principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, oltre che alle norme della direttiva n. 2014/24/UE – la Plenaria, in quanto giudice contro le cui decisioni non può proporsi un ricorso di diritto interno, ha ritenuto necessario sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, chiedendole delucidazioni in merito alla legittimità comunitaria dell'automatica esclusione dell'offerente che abbia omissso di evidenziare i costi della manodopera e gli oneri per la sicurezza dei lavoratori in sede di offerta.

Nel prospettare la questione, il giudice rimettente ha comunque ritenuto di dover puntualizzare che «tra le opposte finalità della tutela della concorrenza e della proporzionalità nei riguardi degli offerenti (ed in special modo di quelli stabiliti in altri Stati membri), da un lato, e le esigenze della certezza del diritto, della parità di trattamento e della effettività della tutela economica e sociale del lavoro e della sicurezza dei prestatori, più volte richiamate dal diritto comunitario, dall'altro, [debbono] essere privilegiate queste ultime esigenze».

Non potendo, a parere della Plenaria, l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera e di quelli della sicurezza dei lavoratori, essere ritenuto un adempimento meramente formale, «non può dunque parlarsi affatto di “soccorso istruttorio”, che come tale afferisce propriamente alla fase dell'ammissione e della verifica dei requisiti e quindi a profili tipicamente soggettivi, in quanto la normativa nazionale, utilizzando la facoltà concessa dalla Direttiva all'art. 56, par. 3 della Dir. 2014/24/UE, all'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2014 e s.m.i., ha delimitato il soccorso istruttorio agli elementi formali “... del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica...”».

5. – Nel fornire una risposta alla questione sottoposta dal T.a.r. per il Lazio con l'ordinanza n. 4562 del 24 aprile 2018 – ed, indirettamente, anche a quelle sollevate dall'Adunanza Plenaria con le ordinanze da ultimo richiamate –, la Corte di Giustizia ha sostanzialmente confermato l'orientamento formalistico in virtù del quale, in alcuni suoi precedenti arresti, aveva ritenuto di poter riscontrare l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione soltanto nel caso in cui gli obblighi violati dal concorrente non emergessero con chiarezza dai documenti di gara o dalla normativa nazionale (in tal senso, Corte di Giustizia, sentenza 6 novembre 2014, causa C-42/13; sentenza 2 giugno 2016, causa C-27/15; sentenza 10 novembre 2016, causa C-140/16).

Alla luce del disposto di cui all'articolo 56, paragrafo 23, della direttiva n. 2014/24/UE, gli Stati membri – nell'ambito delle misure che adottino al fine di dare attuazione alla direttiva in questione – sono, pertanto, liberi, in linea di principio, di limitare la possibilità che le stazioni appaltanti procedano alla regolarizzazione delle offerte presentate nel contesto di una gara ad evidenza pubblica, purché per tale via non risulti compromessa la realizzazione degli obiettivi che il legislatore europeo, con l'adozione di tale atto normativo, ha inteso perseguire e non resti pregiudicata

l'implementazione della disciplina europea sui contratti pubblici, oltre all'attuazione dei pertinenti principi del diritto dell'Unione.

È segnatamente nella adeguata conoscibilità *ex ante* della regola la cui violazione venga prevista a pena di esclusione che la Corte rinviene, in definitiva, la condizione necessaria e sufficiente per ritenere salvaguardato il principio del legittimo affidamento e tutelate le esigenze imposte dal principio della massima partecipazione, che proprio attraverso il rispetto di tale condizione risultano bilanciate con quelle connaturate ai principi di trasparenza e di parità di trattamento.

D'altra parte, la prevalenza che la statuizione "formalista" della Corte ha assicurato, nel conflitto tra principi, alla *par condicio* concorrenziale non le ha, comunque, precluso di riuscire a valorizzare anche istanze di matrice sostanzialistica.

È, in particolare, dall'ultimo passaggio della decisione che emerge la volontà dei giudici di Lussemburgo di recuperare il valore sostanziale espresso dal principio di proporzionalità, nel suo essere preordinato ad evitare che una normativa nazionale – quale è quella sugli appalti pubblici – finalizzata a garantire la parità di trattamento tra i concorrenti ecceda quanto strettamente necessario al perseguimento di tale obiettivo. In questo senso, dunque, va letta l'eccezione all'operatività del principio di diritto statuito con la sentenza in rassegna, introdotta dalla Corte, per l'appunto, al fine di scongiurare il rischio che i concorrenti di una procedura di evidenza pubblica vengano pregiudicati per non aver adempiuto obblighi di cui la stessa stazione appaltante abbia reso impossibile l'esecuzione.

In questa prospettiva, tanto il principio di trasparenza quanto quello di proporzionalità, nella misura in cui garantiscono a tutti gli operatori economici la possibilità di partecipare alle procedure di evidenza pubblica in condizioni eque e paritarie, risultano funzionali a favorire l'ampliamento del mercato delle commesse pubbliche e, in ultima analisi, la tutela della concorrenza.



## Divieto di discriminazione della donna incinta nell'accesso al lavoro e tutela del dipendente che interviene in sua difesa

di Nicolò Fuccaro

**Title:** Prohibition of discrimination of the pregnant woman in access to employment and protection of the worker who supports her

**Keywords:** *Equal treatment of men and women in matters of employment - Rejection of a candidate due to her pregnancy - Protection against retaliatory measures*

1. – La sentenza in commento definisce una causa riguardante la parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso al lavoro, originata dal rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale del lavoro di Anversa davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

La controversia principale, pendente davanti al giudice nazionale belga, vede contrapposte due donne – la sig.ra Vandebon, ex *store manager* di un negozio di abbigliamento, e la sig.ra Hakelbracht, già aspirante commessa presso di esso – e l'Istituto belga per la parità tra donne e uomini alla WTG Retail, azienda che gestisce detti esercizi commerciali e, per quanto qui di interesse, datore di lavoro della sig.ra Vandebon.

Le due donne erano venute in contatto in occasione di un colloquio di assunzione a cui si era presentata la sig.ra Hakelbracht, la quale, in tale sede, aveva reso noto alla sig.ra Vandebon di essere incinta da tre mesi. Tale stato, di cui era stata informata l'azienda da parte della direttrice del negozio – che pur aveva espresso un giudizio di idoneità della candidata –, ha determinato il rifiuto dell'assunzione. L'aspirante commessa, ricevuta la comunicazione della decisione della WTG Retail, ha presentato reclamo contro quest'ultima dinanzi all'Istituto per la parità tra donne e uomini.

Tale reclamo è stato dall'azienda imputato alla condotta della *store manager*, che non solo aveva giudicato positivamente la candidata, ma che aveva anche segnalato al datore di lavoro l'illegittimità del rifiuto di un'assunzione motivato da uno stato di gravidanza. Pertanto, circa nove mesi dopo la sig.ra Vandebon è stata licenziata e, a stretto giro, ha proposto anch'ella reclamo al citato Istituto, contestando i motivi posti a fondamento della risoluzione contrattuale dal datore di lavoro (alcune asserite inadempienze rispetto alle mansioni assegnate).

Ritenendo discriminatori tanto il rifiuto dell'assunzione quanto il licenziamento, le due donne hanno ingiunto all'impresa di versare a entrambe un'indennità forfettaria di importo corrispondente a sei mensilità di stipendio. Non riuscendo, tuttavia, a raggiungere un accordo transattivo, sono ricorse in giudizio chiedendo al giudice del lavoro territorialmente competente una condanna dell'impresa al pagamento di siffatte somme.

Il Tribunale di Anversa, nel definire la controversia per la parte riguardante la sig.ra Hakelbracht, ha ritenuto pacificamente discriminatorio il trattamento riservato a questa, non assunta – benché giudicata idonea – a cagione del suo stato di gravidanza (come comprovato dallo scambio di mail intercorso tra la *store manager* e la WTG Retail), e ha condannato l'impresa a risarcire la candidata. Per quanto riguarda la sig.ra Vandebon, invece, il quadro risulta maggiormente complesso, in quanto la donna non è oggetto di discriminazione diretta sulla base del sesso, ma il suo licenziamento deriva dall'aver difeso e supportato la candidata incinta.

Al fine di comprendere il merito e la portata della domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dal giudice del rinvio, occorre preliminarmente analizzare il contesto normativo eurounitario e nazionale entro cui si iscrive la causa in oggetto.

2. – La direttiva 2006/54/CE, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego (per un commento ad essa, v. B. Pezzini, *Novità nelle politiche comunitarie di genere*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, 179 ff.), “aggiorna” e raggruppa in un unico atto normativo le disposizioni in precedenza recate da una serie di direttive adottate tra il 1975 e il 2002 ed espressamente abrogate ai sensi dell'art. 34 (con rinvio all'allegato I) della direttiva in parola.

Gli ambiti in cui dev'essere attuato il menzionato principio di parità comprendono tanto le condizioni in costanza di rapporto lavorativo (dalla retribuzione, alle promozioni, alla formazione professionale), quanto quelle – prodromiche e presupposte – riguardanti l'accesso al lavoro. Anche per quanto attiene a queste ultime – le quali comprendono i criteri di selezione e le condizioni di assunzione del personale – l'art. 14 della direttiva vieta qualsiasi forma di discriminazione, diretta o indiretta, fondata sul sesso, inclusi trattamenti meno favorevoli riservati a donne per ragioni connesse alla gravidanza (come specificato dall'art. 2, par. 2, lett. c), nel definire la nozione di «discriminazione»).

Spetta agli Stati membri predisporre una tutela antidiscriminatoria di natura giurisdizionale, che si estenda anche ad un momento successivo alla cessazione del rapporto di lavoro nell'ambito del quale si sarebbe verificata la discriminazione. Analogamente, forme di protezione devono essere approntate – a norma dell'art. 24 – anche per i casi in cui un lavoratore viene licenziato o riceve un altro trattamento sfavorevole come conseguenza ritorsiva per aver presentato un reclamo all'interno dell'azienda o avviato un'azione legale al fine di ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento. La medesima tutela legale – secondo il considerando 32 – andrebbe inoltre assicurata a ogni dipendente che difenda un altro lavoratore vittima di trattamento discriminatorio o che testimoni in favore di costui.

L'ordinamento belga ha recepito la direttiva 2006/54 con la legge sulla lotta alla discriminazione tra donne e uomini del 10 maggio 2007, la quale – all'art. 22 – tutela il lavoratore che presenta un reclamo in ragione di violazioni del principio di parità di trattamento, disponendo il divieto di misure pregiudizievoli nei suoi confronti. Dette misure vietate, ai sensi del par. 3 del medesimo articolo, sono identificate nel licenziamento (testualmente, nella traduzione italiana, «cessazione del rapporto di lavoro»), nella modifica unilaterale delle condizioni contrattuali o in altri provvedimenti assunti dal datore di lavoro dopo la cessazione del rapporto lavorativo.

Inoltre, la normativa nazionale estende la tutela così prevista anche a coloro che intervengono a difesa del lavoratore discriminato, esponendo i fatti da loro direttamente appresi, circa la situazione oggetto del reclamo, tramite la sottoscrizione di un documento o una deposizione in giudizio (art. 22, par. 9, della citata legge). Così disponendo, tuttavia, la legge belga parrebbe limitare tale protezione giuridica ai soli “testimoni ufficiali”, lasciando privi di tutela i lavoratori che intervengono al di fuori

delle forme testé menzionate a sostegno di soggetti che hanno presentato reclamo o intentato un'azione legale.

3. – Tornando ai fatti di causa, la situazione della sig.ra Vandenbon, che è intervenuta in sede di istruttoria del reclamo presentato dalla candidata alla posizione di commessa a supporto delle ragioni di quest'ultima, non rientrerebbe nell'alveo applicativo dell'art. 22, par. 9, della legge belga, non potendo presentare alcun documento sottoscritto relativo alla sua testimonianza.

Ciò constatato, il Tribunale del lavoro di Anversa – dinanzi a cui la donna ha domandato la condanna dell'ex datore di lavoro al pagamento di un'indennità a titolo risarcitorio – sospetta che la normativa nazionale, predisponendo una protezione più limitata di quella prevista dall'art. 24 della direttiva UE, dia luogo a un vuoto di tutela in danno degli individui che si trovano nella situazione della ricorrente. Pertanto, questi sospende il giudizio pendente davanti a sé e, ai sensi dell'art. 267 TFUE, si rivolge alla Corte di giustizia domandandole di pronunciarsi sull'interpretazione da attribuire alla disposizione sovranazionale, onde vagliare la compatibilità ad essa della normativa interna.

Come affermano i giudici di Lussemburgo, l'obiettivo della direttiva in parola è fornire una tutela ad ampio spettro, che sia rivolta a «tutti i lavoratori che possono essere oggetto di misure di ritorsione adottate dal datore di lavoro come reazione a un reclamo presentato a titolo di discriminazione fondata sul sesso» (punto 27): come risulta dalla lettera dell'art. 24, infatti, siffatta tutela non dev'essere riservata ai soli lavoratori (o loro rappresentanti) che abbiano proposto reclamo o coloro che testimoniano in loro favore secondo precisi requisiti formali. Questo dato emerge con particolare chiarezza se si legge tale disposizione in combinato (o, meglio, alla luce) del considerando 32, il quale, inquadrando come diritto fondamentale la tutela legale effettiva accordata ai lavoratori vittime di trattamenti discriminatori fondata sul sesso, richiede che la stessa venga assicurata non solo a chi testimoni in favore di questi, ma a ogni dipendente che – in senso lato – li difenda.

Dunque, solo un'interpretazione estensiva dell'art. 24 della direttiva si dimostra idonea a perseguire lo scopo prefissato, consistente nell'effettiva garanzia dell'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne, con riferimento – per quanto qui di interesse – all'accesso al lavoro. A tal fine occorre, da parte degli Stati membri, predisporre procedure (giudiziarie o amministrative) adeguate, volte a far rispettare gli obblighi nascenti dalla direttiva stessa, e accessibili a tutti i soggetti che si ritengono lesi a cagione della mancata applicazione del principio della parità di trattamento. Il principio di tutela giurisdizionale effettiva, in questo ambito espresso dall'art. 17 della direttiva, affonda le proprie radici – come ricorda la Corte – nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è altresì sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione EDU e, più di recente, dall'art. 47 della Carta di Nizza, nonché riaffermato dalla giurisprudenza comunitaria.

4. – Per quanto concerne quest'ultima, il giudice sovranazionale evoca la sentenza Coote (del 22 settembre 1998, C-185/97, su cui v. nota di L. Mattace Raso, *Rifiuto del datore di lavoro di fornire referenze all'ex dipendente licenziato*, in *Lav. giur.*, n. 4/1999, 336 ff.), avente ad oggetto la direttiva 76/207/CEE – sempre in tema di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro – che ha preceduto la direttiva 2006/54. Tale pronuncia originava da una controversia tra una lavoratrice licenziata a causa della sua gravidanza e il suo ex datore di lavoro, i quali, per chiudere la (prima) lite vertente sulla cessazione del rapporto lavorativo, avevano trovato un accordo transattivo. Successivamente, la donna richiedeva all'azienda presso cui aveva prestato la propria opera di fornire referenze all'agenzia di collocamento cui si era rivolta alla

ricerca di un nuovo impiego. Vedendosi opporre un rifiuto, ella adiva l'autorità giudiziaria, la quale in grado di appello effettuava rinvio pregiudiziale alla Corte, domandando se la normativa comunitaria mirasse a vietare misure ritorsive assunte solo in costanza di rapporto di lavoro ovvero anche dopo il termine di questo.

La conclusione dei giudici di Lussemburgo muove dal fatto che l'art. 9 della direttiva 76/207 – corrispondente all'art. 17 di quella attualmente in vigore – va interpretato teleologicamente, ossia secondo lo scopo di pervenire ad una effettiva parità di trattamento tra uomini e donne, attraverso una tutela giurisdizionale che non si limiti al solo licenziamento, ma si estenda altresì, ad esempio, ai provvedimenti ritorsivi finalizzati ad ostacolare la ricerca di una nuova occupazione da parte del precedente datore di lavoro.

Dunque, alla luce di tale considerazione, la questione posta dal giudice britannico è risolta nel senso che – a norma del citato art. 6 della previgente direttiva – spetta agli ordinamenti nazionali prevedere «misure necessarie per garantire la tutela giurisdizionale del lavoratore il cui datore di lavoro rifiuti, dopo la cessazione del rapporto di lavoro, di fornire referenze come revisione a un'azione giudiziaria proposta al fine di far rispettare il principio di parità di trattamento ai sensi della direttiva» (punto 28).

5. – Rispetto all'art. 6 della direttiva 76/207, l'art. 17, par. 1, della vigente direttiva dispone espressamente che dev'essere riconosciuto quale diritto di ogni persona che si ritenga lesa l'accesso a procedure giudiziarie «anche dopo la cessazione del rapporto nell'ambito del quale si sarebbe prodotta la discriminazione», colmando quell'apparente – a una interpretazione meramente letterale della disposizione – vuoto di tutela che in precedenza il giudice sovranazionale era stato chiamato a fronteggiare in via ermeneutica.

2228

In modo analogo, anche nella pronuncia che si annota la Corte di giustizia si è fatta carico di un'interpretazione che faccia salvo l'effetto utile della normativa comunitaria, ovverosia l'effettività della tutela giurisdizionale, ricomprendendovi le misure ritorsive che un datore di lavoro può adottare nei confronti di un dipendente che, anche al di fuori di particolari formalità, abbia difeso o supportato con la propria “testimonianza” (in senso generico) la persona vittima di discriminazione in ragione del sesso. Se infatti fosse escluso da adeguati mezzi di protezione giuridica, tale dipendente che versa nella posizione adatta a fare emergere episodi e condotte discriminatorie rischierebbe di essere dissuaso dall'intervenire, onde evitare ritorsioni nei propri confronti. Com'è evidente, ciò si rifletterebbe negativamente sui soggetti che, pur astrattamente tutelati, godrebbero di uno strumento in meno per dimostrare di aver subito un trattamento sfavorevole per ragioni legate al sesso e limiterebbe, pertanto, l'individuazione e la repressione di tali condotte illecite.

In conclusione, la Corte di Lussemburgo ravvisa che la normativa belga (in particolare l'art. 22, par. 9, della legge sul genere) delimita la categoria di lavoratori tutelati da condotte ritorsive del datore di lavoro in maniera più ristretta rispetto a quanto disposto dall'art. 24 della direttiva 2006/54, lasciando privi di protezione coloro che intervengono sostenendo “informalmente” la persona oggetto di discriminazione. Per tali motivi, la disciplina sovranazionale recante l'attuazione del principio di pari opportunità e parità di trattamento fra uomini e donne dev'essere interpretata estensivamente, affinché ne sia garantito l'effetto utile, ostando pertanto a una normativa nazionale che predispone una tutela più circoscritta quale quella belga.

6. – Sotto un profilo comparatistico, risulta interessante dedicare alcuni cenni – relativamente agli aspetti che rilevano in questa sede – alla trasposizione della direttiva oggetto della sentenza in commento all'interno del nostro sistema giuridico, per mezzo

del d.lgs. n. 5 del 2010 (per analisi più approfondite e commenti al provvedimento, cfr. L. Calafà, *Pari opportunità e divieti di discriminazione. Il Codice delle pari opportunità dopo il recepimento della Dir. 2006/54/CE: profili sostanziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 3/2010, 537 ff.; A. Guariso, *Pari opportunità e divieti di discriminazione. II - Il Codice delle pari opportunità dopo il recepimento della Dir. 2006/54/CE: profili processuali*, *ivi*, 577 ff.; M.G. Garofalo, *Una riflessione sul codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Riv. giur. lav.*, n. 4/2007, 719 ff.).

Esso va a novellare in più parti il d.lgs. n. 198 del 2006 (c.d. Codice della pari opportunità tra uomo e donna), rafforzando il principio di parità di trattamento senza distinzioni di sesso – sancito dall'art. 3, primo comma, Cost. – anche tramite un apparato sanzionatorio maggiormente articolato che prevede pene più elevate. Nella specie, per chi non ottempera alla condanna pronunciata del giudice del lavoro per comportamenti discriminatori è prevista un'ammenda sino ad 50.000 euro o l'arresto sino a sei mesi, in luogo della meno severa sanzione prevista per la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. («Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità») che si applicava in precedenza.

Inoltre, in sede di definizione dei concetti di discriminazione diretta e indiretta, è stato espressamente considerato discriminatorio «ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza» (comma 2-*bis*, aggiunto all'art. 25).

Particolarmente significativo è infine l'inserimento dell'art. 41-*bis* che estende la tutela giurisdizionale, prevista agli articoli che precedono, con riferimento ad «ogni comportamento pregiudizievole posto in essere, nei confronti della persona lesa da una discriminazione o *di qualunque altra persona*, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne» (c.vo aggiunto). In virtù di quest'ampia formulazione, si deduce che la tutela accordata dal legislatore abbraccia tutti coloro che si attivano al fine di ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento, a prescindere dalle forme utilizzate.

Ad un esame sommario della normativa italiana non sembra, dunque, irragionevole ipotizzare che la soluzione di un caso analogo a quello oggetto del procedimento pendente dinanzi al giudice belga si sarebbe trovata direttamente in quanto previsto dal d.lgs. 198/2006 (come modificato dal d.lgs. 5/2010) ed in particolare nell'art. 41-*bis*, che assicura una effettiva tutela giurisdizionale ai fenomeni di c.d. vittimizzazione.



## **Antitrust e *ne bis in idem*: la Corte di Giustizia rimanda la soluzione del problema**

*di Francesco Gallarati*

**Title:** Antitrust and *ne bis in idem*: the Court of Justice postpones the solution of the problem

**Keywords:** competition; administrative sanctions; same offence

1. – Nella sentenza in commento, la Corte di Giustizia è stata chiamata nuovamente a pronunciarsi sui presupposti per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* in materia di concorrenza.

In particolare, il quesito sollevato dalla Corte suprema polacca riguardava la possibilità di infliggere due diverse sanzioni ad un'impresa per la medesima condotta anticoncorrenziale, sulla base di un'applicazione simultanea delle regole di concorrenza nazionali e dell'Unione europea.

Nella fattispecie, la questione si era posta in quanto l'UOKiK – l'autorità garante della concorrenza della Polonia – aveva ritenuto che l'impresa Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. (d'ora in avanti "PZU Życie") avesse abusato della sua posizione dominante sul mercato delle assicurazioni-vita di gruppo per lavoratori in Polonia e, di conseguenza, avesse violato la legge polacca sulla concorrenza. Inoltre, poiché la pratica anticoncorrenziale aveva l'effetto di ostacolare l'offerta di prodotti assicurativi da parte di operatori stranieri sul mercato polacco e, quindi, di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, secondo l'autorità nazionale essa aveva violato, oltre al diritto nazionale, anche l'articolo 102 TFUE. In considerazione di ciò, l'autorità nazionale per la concorrenza, in applicazione dell'art. 3 del Regolamento (CE) n. 1/2003, aveva sanzionato l'impresa sia per violazione della legge nazionale antitrust, sia per violazione del diritto Ue.

Nelle proprie questioni pregiudiziali, il giudice del rinvio aveva quindi richiesto alla Corte di Giustizia di accertare la corretta interpretazione del principio del *ne bis in idem*, sancito all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, la Corte suprema polacca si domandava se tale principio dovesse essere interpretato nel senso che esso osta a che un'autorità nazionale per la concorrenza infligga ad un'impresa, nell'ambito di una stessa decisione, due sanzioni in relazione al medesimo fatto: un'ammenda per violazione del diritto nazionale della concorrenza e un'ammenda per violazione dell'articolo 102 TFUE.

2. – Occorre osservare fin da subito che la Corte di Giustizia, nella propria sentenza, non ha risolto la questione giuridica sottesa al rinvio pregiudiziale. Essa ha infatti rilevato che nella fattispecie era assente uno dei presupposti essenziali per l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, ovvero l'esistenza di più procedure sanzionatorie (*bis*). Nel caso

sottoposto al suo esame, in effetti, le due ammende erano state inflitte nell'ambito di un unico procedimento, per cui si poneva semmai un problema di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della condotta.

In questo modo, la Corte ha evitato di pronunciarsi sulla questione, che pure era stata sollevata sia dal giudice del rinvio sia dall'Avvocato generale, relativa alla possibilità di sanzionare la medesima condotta per violazione del diritto nazionale e del diritto europeo antitrust (*idem*).

3. – Per inquadrare correttamente la questione nell'ambito del diritto dell'Unione europea occorre premettere che il principio del *ne bis in idem* è sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale, rispecchiando quanto già previsto dall'art. 4, n. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU, stabilisce che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

Va detto che già prima dell'entrata in vigore della Carta, il *ne bis in idem* era stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia come principio fondamentale del diritto europeo [la prima applicazione di tale principio risale alla Sentenza del 15 marzo 196, Gutmann c. Commissione, C-18/65 e 35/65].

Inoltre, in base ad un orientamento consolidato della giurisprudenza europea, tale principio è ritenuto applicabile alle sanzioni irrogate in materia di diritto della concorrenza in considerazione del carattere sostanzialmente penale delle medesime [sull'applicabilità del *ne bis in idem* alle sanzioni inflitte in materia di concorrenza, cfr. P. Manzini, *Ammende antitrust e diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2-2015, 308].

In particolare, nella sentenza *Limburgse* la Corte di Giustizia ha affermato che il principio del *ne bis in idem* vieta, in materia di concorrenza, che un'impresa venga condannata o perseguita un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non impugnabile [sentenza del 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, C-238/99, punto 59].

Ne consegue che, nel diritto della concorrenza, l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è sottoposta a due presupposti: l'esistenza di un secondo procedimento (*bis*) che abbia ad oggetto la medesima infrazione antitrust (*idem*).

4. – Date queste coordinate, il quesito che è stato portato ripetutamente all'attenzione della Corte di Giustizia riguarda la definizione dei presupposti per configurare l'identità delle infrazioni oggetto di più procedimenti antitrust, ovvero il requisito dell'*idem*.

Nello specifico, la questione che si pone è se il principio del *ne bis in idem* vieti alla Commissione europea e alle autorità nazionali per la concorrenza di sottoporre la medesima condotta anticoncorrenziale a due procedimenti sanzionatori distinti, nel caso in cui tale condotta realizzi una lesione contestuale del diritto nazionale e del diritto europeo della concorrenza.

In altri termini, il problema è se ai fini della valutazione del requisito dell'*idem* si debba fare riferimento all'identità della condotta lesiva (*idem factum*), oppure all'identità dell'infrazione contestata (*idem crimen*).

In una pronuncia risalente sull'argomento, la Corte di Giustizia aveva affermato che il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di intese restrittive della concorrenza considerano le intese sotto aspetti diversi: le prime sotto il profilo degli ostacoli che ne possono conseguire per il commercio fra gli Stati membri, le seconde dal punto di vista degli effetti che le intese producono sul mercato nazionale. Per questi motivi, la Corte aveva concluso che un'intesa può, in linea di massima, costituire oggetto di due procedimenti paralleli, l'uno dinanzi alle autorità comunitarie in applicazione del Trattato, e l'altro dinanzi alle autorità nazionali in applicazione del diritto interno, stante la



diversità dell'interesse giuridico tutelato [sentenza del 13 febbraio 1969, Wilhelm e a., C-14/68, considerato in diritto n. 3].

Prendendo le mosse da quanto affermato nella pronuncia sopra richiamata, nella sentenza Aalborg la Corte ha affermato che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è soggetta ad una triplice condizione: l'identità dei fatti, l'unità del contravventore e l'unità dell'interesse giuridico tutelato. Secondo l'orientamento fatto proprio dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza Aalborg, in sostanza, il suddetto principio opera soltanto laddove lo stesso soggetto sia sanzionato più di una volta per il medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico [sentenza del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland e a./Commissione, C-204/00, punto 338].

Più di recente, tali considerazioni sono state richiamate dalla Corte di Giustizia in altre sentenze, nelle quali tuttavia la Corte non si è soffermata sulla correttezza delle condizioni enunciate della sentenza Aalborg, in quanto ha risolto la questione basandosi su considerazioni differenti. In Toshiba, in particolare, la Corte, dopo avere richiamato le tre condizioni esposte nella sentenza sopra citata, si è limitata a rilevare che nella causa sottoposta alla sua attenzione non sussisteva la condizione dell'identità della condotta [sentenza del 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e a., C-17/10, punti 97 e 98]. Essa dunque, analogamente a quanto accaduto nel caso in esame, ha evitato di verificare se il suddetto orientamento fosse ancora corretto o dovesse essere superato, come pure era stato richiesto dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni.

5. – Il punto nodale è dato dal fatto che i criteri elaborati dalla sentenza Aalborg da un lato differiscono da quelli adottati dalla stessa Corte di Giustizia per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* in altri settori del diritto, tra cui quello penale. Dall'altro lato, essi non sembrano (più) essere in linea con i criteri adoperati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 4, n. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU.

Sotto il primo profilo, occorre osservare che, secondo un ormai consolidato orientamento della Corte di Giustizia in materia penale, l'identità del reato deve essere intesa quale *idem fattuale*, ossia come insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro [v. ad es. sentenze del 9 marzo 2006, van Esbroeck, C-436/04, punto 36; del 28 settembre 2006, van Straaten, C-150/05, punto 47]. Di conseguenza, l'identità di un'infrazione penale deve, di norma, essere stabilita sulla base di un duplice criterio: la coincidenza dei fatti contestati e del contravventore. Al contrario, secondo la giurisprudenza europea, nessun rilievo deve essere attribuito in questo settore alla qualificazione giuridica dei fatti e all'interesse giuridico tutelato. Ciò in quanto, secondo la Corte, un criterio fondato su tali elementi sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti, inficiando il conseguimento delle finalità a cui il principio del *ne bis in idem* è preordinato [così la sentenza Van Esbroeck, cit., punto 35].

Sotto il secondo profilo, nella sentenza Sergey Zolotukhin c. Russia, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha dichiarato che l'art. 4, n. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU «must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same» [sentenza del 10 febbraio 2009, Sergey Zolotukhin c. Russia, punto 82].

In tale sentenza dunque la Corte di Strasburgo – mettendo fine alle oscillazioni registrate sul punto nella giurisprudenza precedente – ha posto l'accento sulla coincidenza delle circostanze di fatto, indipendentemente dal fatto che dalla medesima condotta potessero derivare una o più infrazioni.

6. – Sulla scorta di queste considerazioni, gli Avvocati generali presso la Corte di Giustizia hanno criticato a più riprese l'approccio adottato dalla Corte di Lussemburgo in relazione al diritto della concorrenza [cfr. sul punto A. Rosanò, E. Salmini Sturli, L'ultima legal

suasion dell'AG Wahl in tema di *ne bis in idem* applicato alla concorrenza e un'occasione mancata per la Corte di giustizia, in *Il diritto dell'Unione europea*, giugno 2019].

In particolare, nelle conclusioni rassegnate nel caso Toshiba, l'Avvocato generale Kokott ha osservato che le condizioni applicate dalla Corte di Giustizia nel settore della concorrenza non erano conformi a quelle stabilite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Sergey Zolotukhin c. Russia*. Il che, a suo avviso, si poneva in frizione con il canone dell'omogeneità, secondo cui, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi devono essere uguali a quelli conferiti dalla Convenzione.

Inoltre, egli ha messo in evidenza come la variabilità dell'interpretazione del *ne bis in idem* a seconda del settore giuridico considerato nuocesse all'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. A suo avviso, infatti, l'importanza di tale principio, fornito del rango di diritto fondamentale, comporta che il suo contenuto non possa essere sostanzialmente diverso a seconda del settore giuridico interessato [punto 117].

Queste affermazioni sono state riprese anche dall'Avvocato generale Wahl nelle conclusioni rassegnate nel caso in esame. Egli infatti – aderendo alle conclusioni dell'Avvocato Kokott – ha sostenuto che il principio del *ne bis in idem* dovrebbe essere interpretato in maniera uniforme in tutti i settori del diritto dell'Unione, tenendo debito conto dei canoni della giurisprudenza della Corte EDU [punto 46].

7. – Se il richiamo all'uniformità d'interpretazione dei criteri applicativi del *ne bis in idem* è senz'altro condivisibile – e molto probabilmente porterà la Corte di Giustizia ad effettuare un *révirement* alla prima occasione utile – non è detto tuttavia che ciò si traduca in una dichiarazione di illegittimità del doppio binario sanzionatorio da parte di Commissione e autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.

Occorre infatti considerare che, secondo un recente orientamento della Corte di Giustizia, la ripetizione di più procedimenti in relazione al medesimo comportamento illecito non è necessariamente incompatibile con il diritto Ue. Infatti una siffatta limitazione del principio del *ne bis in idem* può essere giustificata, qualora sia necessaria e risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta medesima [sentenze del 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*, C-537/16, *Garlsson Real Estate* e C-596/16, *Di Puma*].

In particolare, nella sentenza *Menci*, la Corte di Giustizia ha affermato che un cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale può essere giustificato allorché detti procedimenti e dette sanzioni riguardano scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata [sentenza *Menci*, cit., punto 44]. Inoltre, per essere compatibile con il diritto Ue, il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale deve essere proporzionato, ovvero non deve superare i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi.

8. – Alla luce di quanto appena esposto, emerge come sia assolutamente necessario un chiarimento da parte della Corte di Giustizia in questa materia, come peraltro richiesto a più riprese dagli stessi Avvocati generali. Sulla base degli orientamenti sopra richiamati, si ritiene probabile che la Corte – quando sarà chiamata a pronunciarsi sul punto – provvederà ad uniformare i criteri interpretativi del *ne bis in idem* in materia di concorrenza a quelli adoperati negli altri settori del diritto, individuando come punti cardine l'identità del fatto e del contravventore, a prescindere dall'identità dell'interesse giuridico tutelato. Tuttavia, in base all'orientamento *Menci*, la Corte non potrà limitarsi ad accertare la presenza di tali requisiti per escludere la doppia punibilità, ma dovrà altresì verificare se tale cumulo sia giustificato dal perseguimento di uno scopo legittimo e se non vada al di là di quanto necessario per il raggiungimento di tale scopo. In presenza di tali

presupposti, quindi, la Corte potrà ammettere la possibilità di punire la medesima condotta in due procedimenti paralleli per violazione del diritto della concorrenza nazionale ed europeo.



## Indipendenza “concreta ma in astratto” dell’ufficio di procura: la separazione tra politica e magistratura quale prerequisito di leale cooperazione nel mandato d’arresto europeo

*di Flavio Guella*

**Title:** An independence of the public prosecution’s office “concrete but in abstract”: the separation between politics and judiciary as a prerequisite for fair cooperation in the European Arrest Warrant

**Keywords:** European Arrest Warrant; Independence of the judge and of the public prosecutor; Notion of «issuing judicial authority».

2237

1. – Con due sentenze d’impostazione analoga la Corte di giustizia, il 27 maggio 2019, è tornata a specificare i requisiti per la procedura attiva di consegna nel mandato di arresto europeo. In particolare, la Corte è intervenuta a precisare le coordinate ermeneutiche sulla base delle quali giudicare la conformità – con le esigenze del MAE – degli ordinamenti giudiziari di due diversi paesi membri dell’Unione, Germania e Lituania; coordinate ermeneutiche sulla base delle quali si giunge, pur muovendo da un comune impianto, a conclusioni applicative opposte.

Il MAE si conferma così un banco di prova particolarmente efficace per l’analisi delle categorie della comparazione tra diverse soluzioni organizzative impiegate nelle magistrature degli Stati europei, fornendo occasioni pratiche non solo per il dialogo tra le procedure penali dei vari ordinamenti nazionali ma – anche – per la circolazione delle normative e delle *best practices* in tema di gestione dell’apparato giurisdizionale (cfr. O. Pollicino, *Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo: la saga del Mandato di Arresto Europeo come modello di analisi*, in *European journal of legal studies*, fasc. 1, 2008, 220 ss.).

Queste occasioni di “comparazione forzata”, che la cooperazione nel quadro del MAE offre alla giurisprudenza, con le citate sentenze vanno a toccare la questione della natura “concreta” o “astratta” dell’indipendenza dell’ufficio di pubblico ministero. Il rinvio pregiudiziale interpretativo che ha generato le due decisioni – vertendo sull’art. 6, par. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI – ha imposto infatti di focalizzare l’attenzione sulla nozione di «autorità giudiziaria emittente», per quanto rilevante ai fini del MAE emesso dalla procura di uno Stato membro.

La coppia di sentenze è quindi rilevante perché prede posizione sulla natura giurisdizionale o meno dell’ufficio di pubblico ministero, a fronte dell’esistenza di rapporti di subordinazione (seppure meramente eventuali) con il potere esecutivo.

Anche il mero potere del Ministro della Giustizia di impartire istruzioni individuali al pubblico ministero, seppur (per prassi costante) non esercitato in concreto, va infatti a menomare la natura indipendente dell'ufficio, secondo un approdo interpretativo dalle forti ricadute pratiche. Si risolve, infatti, in senso negativo la questione dell'accogliibilità delle richieste di arresto emesse dalle procure tedesche, vista la potenziale esposizione delle stesse a direttive politiche individuali; allo stesso tempo, tuttavia, si lascia però aperta la questione di quale livello di dettaglio distingua le (non ammissibili) istruzioni governative specifiche dalle linee guida generali – tipicamente, sulle priorità d'indagine – provenienti dall'esecutivo (sul tema cfr. M. Tonry, *Prosecutors and Politics in Comparative Perspective*, in *Crime and Justice*, vol. 41, 2012, 1 ss, ma anche J. Fionda, *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study*, Oxford University Press, 1995 e *infra* i par. 5 e 7).

La Corte di giustizia – posto che l'indipendenza non può essere definita né in base alla sola normativa nazionale, astratta dalle prassi applicative, né in base all'auto-qualificazione formale da parte dello stesso ordinamento interno – esige (peraltro fin dalla sua precedente giurisprudenza: cfr. sentenze 29 giugno 2016, *Kossowski*, C-486/14, EU:C:2016:483; 10 novembre 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858; 10 novembre 2016, *Özçelik*, C-453/16 PPU, EU:C:2016:860; 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861) un'indagine “in concreto”. Indagine che però – e in ciò risiede la più interessante evoluzione giurisprudenziale – non può trasformarsi (per un'eterogenesi dei fini) in un arretramento delle garanzie di indipendenza.

Per l'idoneità ad essere magistratura ai fini del MAE, infatti, l'ordinamento europeo richiede ora che vi sia sì indipendenza “in concreto” (senza che un'autonomia dall'esecutivo affermata normativamente possa poi presentare occasioni di ingerenza nella prassi), e però – allo stesso tempo – dall'idoneità ad essere magistratura indipendente ai fini del MAE l'ordinamento dell'Unione esclude (mediante queste due sentenze) anche quelle procure che, ai sensi del diritto nazionale, sono soggetta solo “in astratto” a poteri di indirizzo, anche se di fatto (e in concreto) l'esecutivo tali poteri non li va ad esercitare in alcuna situazione.

2. – In altri termini, ad escludere gli ordinamenti nazionali dall'utilizzo del MAE è sufficiente o una concreta ingerenza (anche in violazione dell'ordinamento formale), o un'astratta possibilità di intromissione (anche se non realizzabile sul piano della costituzione materiale, qualora tale potere risulti di fatto inapplicato ed “istituzionalmente” inapplicabile data la presenza di accordi politici in tal senso). Per precludere la cooperazione giudiziaria può quindi essere contestata anche la sola circostanza che l'ufficio richiedente sia – anche solo indirettamente (per astratta ed eventuale sottoposizione, non esercitata) – soggetto alla direzione o alle istruzioni del Ministero della Giustizia, in quanto ciò esclude “potenzialmente” l'indipendenza richiesta per poter essere considerato un'«autorità giudiziaria» ai sensi dell'art. 6, par. 1, della decisione quadro 2002/584. Indipendenza che è quindi da ritenere sia “in concreto” che “in potenza”.

Autorità giudiziaria emittente ed autorità giudiziaria dell'esecuzione si identificano infatti – per quanto riguarda l'attribuzione della competenza ad emettere od eseguire il MAE – sulla base formale della legge nazionale; e tuttavia – per quanto riguarda invece i crismi della “giurisdizionalità” – la qualificazione deve avvenire sulla base di requisiti sostanziali e non formali. Ciò in quanto dell'ultimo comma dell'art. 6, par. 1 – che afferma come «ciascuno Stato membro comunica al Segretariato generale del Consiglio qual è l'autorità competente in base al proprio diritto interno» – la Corte di giustizia ha escluso un'interpretazione nel senso che sia l'ordinamento nazionale l'arbitro della definizione di cosa è giurisdizione.

Questo esito peraltro non era scontato, posto che il rispetto delle tradizioni costituzionali comuni da un lato, e l’idea del principio di riconoscimento reciproco (con l’attitudine per cui il meccanismo del MAE si baserebbe su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, secondo i considerando 5, 6, 8 e 10 della decisione quadro 2002/584), portavano a ritenere come valore prioritario da salvaguardare – tra l’altro – proprio la pluralità delle concezioni dell’indipendenza presenti negli ordinamenti europei (dove le magistrature sono organizzate secondo modelli che spaziano dalle diverse declinazioni burocratiche continentali fino al sistema c.d. meritocratico anglosassone, cfr. S. Gambino, G. Moschella, *L’ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, in *Politica del diritto*, fasc. 4, 2005, 543 ss. e M. Patrono, *L’indipendenza della magistratura in Europa: un quadro comparato*, in *DPCE*, fasc. 4, 2010, 1613 ss.). Pluralismo di concezioni dell’indipendenza che – nella posizione qui assunta dalla Corte di giustizia – deve però essere comunque uniformato al livello dei più elevati standard di tutela dell’indipendenza, e ciò proprio a tutela della possibilità di una mutua fiducia tra ordinamenti aderenti al MAE (che alle modalità “politiche” tipiche dell’estradizione hanno rinunciato proprio confidando nella “neutralità tecnica”, assicurata dalla credibilità dell’indipendenza della funzione giurisdizionale negli ordinamenti aderenti).

L’opzione per il massimo rigore sullo standard dell’indipendenza poggia quindi, nella *ratio* seguita dalla Corte, sul fatto che per gli Stati membri la cooperazione in materia di MAE è fondata sul – e caratterizzata dal – principio della reciproca fiducia (cfr. L. Marin, *La Corte di Giustizia ed il principio di fiducia reciproca nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2017, 430 ss.); fiducia che, secondo tale *ratio decidendi*, è perseguita proprio eliminando la politicità che caratterizza i meccanismi di estradizione (per una comparazione dei due strumenti si rinvia a G. Ranaldi, *La cooperazione internazionale in materia penale tra estradizione e mandato d’arresto europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 1, 2004, 228 ss.).

Fondando il MAE su decisioni tecnico-giurisdizionali non mediate dalla politica gli ordinamenti europei hanno costruito uno spazio di collaborazione il più possibile automatica, ancorata sulla quella fiducia che proprio l’assenza di considerazioni politiche può aiutare ad instaurare. In conseguenza di ciò la questione affrontata dalle due sentenze della Corte di giustizia, di quale tipo di indipendenza sia richiesta affinché un’autorità nazionale emittente possa utilizzare il MAE, si conferma come determinante.

3. – Le sentenze annotate precisano quindi come l’ufficio di procura debba essere non solo strutturalmente – ma anche funzionalmente – indipendente dal potere esecutivo, e quali siano i criteri per determinare tale indipendenza. Le differenze che la Corte rileva, comparando le esperienze nazionali di provenienza dei mandati d’arresto posti a base delle questioni pregiudiziali (spiccati in due casi da autorità tedesche e in un caso da autorità emittente lituana, sempre verso il territorio irlandese), consentono quindi di distinguere la collocazione strutturale dell’ufficio di pubblico ministero al di fuori del potere giudiziario (non preclusiva dell’accesso al MAE) dalla collocazione funzionale dello stesso in uno spazio di ingerenza del potere esecutivo (preclusiva dell’accesso al MAE).

L’art. 2, par. 1, dell’*European Arrest Warrant Act 2003* irlandese specifica che «per “autorità giudiziaria” si intende il giudice, il magistrato o qualsiasi altra persona autorizzata ai sensi della legge dello Stato membro interessato a svolgere funzioni identiche o simili a quelle svolte [...] da un organo giurisdizionale», lasciando quindi aperta la problematica della qualificazione come giurisdizione – e quindi come organo indipendente – del soggetto emanate (sull’esperienza irlandese in materia di MAE cfr. E. Fahey, *How to be a third pillar guardian of fundamental rights? The Irish Supreme*

*Court and the European arrest warrant*, in *European Law Review*, fasc. 4, 2008, 563 ss.). Nel caso della Germania la problematicità di tale accertamento deriva dal fatto che l'art. 146 del *Gerichtsverfassungsgesetz* stabilisce che «i funzionari dell'ufficio della procura devono attenersi alle istruzioni ufficiali dei loro superiori», e l'art. 147 del medesimo *GVG* afferma che il potere di vigilanza e di direzione – nei confronti del Procuratore generale federale e dei procuratori federali – spetta (tra l'altro) al *Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz* (cfr. E. Löwe, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: grosskommentar*, vol. 10, Walter de Gruyter, 2010, 739 ss.).

A fronte di ciò, l'ufficio requirente in Germania non godrebbe delle garanzie di indipendenza ed autonomia proprie invece degli organi giudicanti, venendo collocato direttamente in un rapporto gerarchico con i vertici del potere amministrativo (Ministro della Giustizia). Ciò determina un evidente pericolo di ingerenza politica, fisiologico secondo le logiche dell'extradizione ma non ammesso nello spirito delle procedure di consegna del MAE. Un'interpretazione organica dell'ordinamento tedesco relativizzerebbe però questa problematicità, in quanto – di fatto – il principio di legalità precluderebbe al Ministro la possibilità di interpretare in modo attivo ed invasivo le prerogative di indirizzo e direttiva (anche individuale) connesse alla collocazione funzionale delle procure nell'ambito del potere esecutivo (il PM venendo qualificato come *Beamte*).

Infatti, da una lettura sistematica del sistema costituzionale tedesco deriverebbe che la facoltà di impartire istruzioni individuali sarebbe circoscritta dal *Grundgesetz* che sottopone il procedimento penale a ferree garanzie di legalità, congenite ai principi di Stato di diritto. A fronte di ciò, il Ministro che volesse eventualmente esercitare un'ingerenza dall'esterno mediante istruzioni puntuali all'ufficio di pubblico ministero sarebbe obbligato – per ottemperare agli standard di legalità richiesti – quantomeno ad “informare” il *Landtag*, per procurarsi la copertura del legislativo (questa quantomeno pare la soluzione prospettata in via di “prassi” per lo Schleswig-Holstein; cfr. il punto 16 della sentenza 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/2019 PPU).

Per quanto riguarda invece il MAE emesso dal *Lietuvos Respublikos generalinis prokuroras* (procuratore generale della Repubblica di Lituania), la problematicità del relativo ordinamento giudiziario risiede nel fatto che – sebbene la Costituzione (art. 109) disponga una riserva esclusiva di amministrazione della giustizia a favore degli organi formalmente giurisdizionali – la *Konstitucinis Teismas* (Corte costituzionale) ha precisato che l'ufficio di pubblico ministero a questi fini non è organo di diretta amministrazione della giustizia, non qualificandosi pertanto come soggetto giurisdizionale. Da ciò consegue il rischio che l'incerta natura dell'ufficio di procura esponga lo stesso ad ingerenze politiche; e ciò sebbene l'art. 118 della Costituzione affidi comunque organizzazione e direzione dell'istruzione, oltre che l'esercizio dell'azione penale, in via esclusiva agli uffici del pubblico ministero (su alcune peculiarità dell'ufficio di procura nell'ordinamento lituano cfr. R. Merkevičius, *Lietuvos Respublikos generalinio prokuroro rekomendacijų kaip baudžiamojo proceso teisės šaltinių problematika*, in *Teisė*, vol. 88, 2013, 73 ss.).

4. – La tematica del rapporto tra MAE ed indipendenza della giurisdizione peraltro non è nuova (cfr. ancora le sentenze *Kossowski*, *Poltorak*, *Özçelik* e *Kovalkovas*), ma nelle sentenze annotate la Corte di giustizia approfondisce e precisa cosa si intenda per indipendenza legando esplicitamente le diverse qualificazioni della stessa – e la loro rilevanza ai fini del MAE – al principio della fiducia reciproca all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Principio che impone a ciascuno degli Stati membri di presupporre, salvo circostanze eccezionali e tipizzate, che l'ordinamento richiedente la



consegna rispetti i diritti fondamentali tutelati dall’Unione, tra cui anche l’effettività della tutela giurisdizionale di cui l’indipendenza strutturale e funzionale della magistratura è un corollario (cfr. sentenza 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586).

La decisione quadro 2002/584 istituisce il MAE proprio come concretizzazione del principio di c.d. riconoscimento reciproco (considerando 6), declinandolo all’art. 1, par. 2, in un principio di tendenziale automaticità dell’esecuzione (l’autorità richiesta potendo rifiutare di eseguire un mandato soltanto per i motivi tassativamente elencati agli articoli 3, 4 e 4 *bis*, senza che siano ammesse esecuzioni condizionate al di fuori di quanto previsto dall’art. 5). Il rifiuto di esecuzione è quindi eccezione ai principi fondamentali su cui il MAE è fondato, e gli spazi per tale rifiuto vanno pertanto coerentemente interpretati – secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia – in modo restrittivo (sentenza 29 giugno 2017, *Popławski*, C-579/15, EU:C:2017:503, punto 19).

Questa preferenza per l’interpretazione restrittiva degli elementi che ostacolano l’esecuzione (cfr. F. Gazin, *Motif facultatif de non-exécution d’un mandat d’arrêt européen*, in *Europe*, 2017, Août Comm. n° 303, 21 s.) viene però meno proprio con riguardo al requisito di indipendenza, perché su tale elemento poggia la *ratio* – di fiducia reciproca, strumentale al mutuo riconoscimento (cfr. sentenza 10 agosto 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628) – che sostiene il MAE. Mentre quindi normalmente la Corte di giustizia opta per quelle soluzioni esegetiche che garantiscono la massima eseguibilità del mandato spiccato da un’autorità nazionale, in punto di indipendenza dell’autorità medesima essa opta invece per la più rigorosa delle possibili interpretazioni. Cioè, se vi sono possibili spazi esegetici per sostenere che una maggiore indipendenza poteva essere garantita, si ammette sempre che gli Stati membri possano rifiutare l’esecuzione (negando la consegna ad un’autorità richiedente che si presenta – anche se soltanto secondo le interpretazioni più rigorose – come condizionabile dalla politica); e ciò in quanto la politicità della richiesta è proprio ciò che differenzia l’extradizione dal MAE, un’interpretazione non restrittiva di tale ragione di eccezione alla consegna ponendosi quindi in coerenza con lo spirito sotteso al meccanismo.

Coerenza che peraltro si riscontra anche sul piano letterale, con riferimento all’art. 1, par. 1, della decisione quadro 2002/584, posto che – a mente di tale disposizione – vanno sì seguite le interpretazioni che assicurino la massima applicazione dei mandati, ma solo in quanto tali mandati integrino una «decisione giudiziaria» (che, in quanto tale, già garantisce da spazi di politicità e consente – quindi – di operare in termini di “automaticità” della consegna). Il presupposto che il MAE sia appunto emesso da un’«autorità giudiziaria» esclude che l’accertamento di cosa sia autorità giudiziaria sia assoggettato al principio di interpretazione tassativa delle cause di esclusione della consegna (cfr. ancora *Poltorak*, punto 28, e *Kovalkovas*, punto 29).

Per autorità giudiziaria emittente si intende quindi solo in prima battuta l’autorità giudiziaria dello Stato membro richiedente che, in base alla legge di quello Stato, è competente ad emettere un MAE. Infatti, il principio di autonomia procedurale degli Stati membri è limitato all’autonomia statale nell’individuazione della competenza dell’autorità nazionale, senza che lo stesso principio si possa estendere alla discrezionalità nel definire cosa sia giurisdizionale per “natura”. L’Unione europea – tramite questo strumento di cooperazione – si ritrova quindi nella necessità di uniformare la nozione di organo giurisdizionale, proprio per permettere quella mutua fiducia che sta alla base di un’idea di MAE operativo in assenza di scelta politica (all’opposto di quanto è invece tipico dell’extradizione, cfr. E. Selvaggi, *Dall’extradizione al mandato d’arresto europeo: problemi e prospettive*, in *Questione giustizia*, fasc. 5, 2005, 887 ss.).

Nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia – quindi – un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale si sostanzia innanzitutto nella depoliticizzazione del meccanismo di consegna delle persone sia condannate, sia indagate (con mandati emessi o ai fini dell'esercizio di un'azione penale, oppure ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, cfr. sentenza 21 ottobre 2010, *B.*, C-306/09, EU:C:2010:626, punto 49); ciò perché un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri è riscontrabile solo sulla base di scelte tecniche, idonee ad una ricezione automatica non mediata da valutazioni di merito politiche (sentenza 22 dicembre 2017, *Ardic*, C-571/17 PPU, EU:C:2017:1026, punto 69 e precedenti ivi citati).

Si afferma così un'interpretazione autonoma e uniforme di «organo giurisdizionale», desunta non solo dalle tradizioni costituzionali comuni ma – astraendo dalle stesse – dalle necessità intrinseche al meccanismo del MAE: non ci si accontenta di ciò che è comune agli Stati aderenti, ma si esige ciò che – in termini di caratteristiche intrinseche alla giurisdizionalità – assicura i massimi standard di indipendenza, utili alle finalità della cooperazione (non politica) in materia penale.

5. – Ciò non determina un restringimento arbitrario della portata del MAE, in quanto – per altro profilo – il suo campo di utilizzabilità soggettivo si rivela invece molto flessibile. La Corte di giustizia aveva infatti già ammesso in precedenza che legittimate ad impiegare il mandato sono anche quelle autorità nazionali che, sebbene non giudicanti, partecipano nondimeno all'amministrazione della giustizia penale, purché non si tratti di soggetti – quali gli apparati di polizia – riconducibili alla gerarchia del potere esecutivo (e quindi non indipendenti; cfr. ancora *Poltorak*, punti 33 e 35, e *Kovalkovas*, punti 34 e 36).

Questa impostazione è peraltro coerente con la base giuridica fornita dai Trattati. La cooperazione giudiziaria in materia penale, prevista all'art. 82, par. 1, lettera d), TFUE (che ha sostituito l'art. 31 TUE), ricomprende infatti tanto le autorità giudiziarie quanto le autorità omologhe, coinvolte sia nell'azione penale (nei "procedimenti", da intendere in senso lato e certamente come non limitati alla fase processuale e strettamente preliminare) sia nell'esecuzione delle sanzioni. Su tali basi il MAE riguarda non soltanto le sentenze definitive emesse dagli organi giudicanti penali, ma tutte le decisioni – purché giurisdizionali – adottate in funzione dell'azione penale.

Circa la qualificabilità degli organi coinvolti nell'azione penale come giurisdizionali, certamente l'assenza di competenza giudicante, quindi, non è preclusiva: il potere di iniziativa penale – che tipicamente spetta alle procure – fa sì che i relativi uffici già dispongano a fini di MAE di quella competenza funzionale al procedimento (in particolare al suo avvio) che è condizione sufficiente per porsi come autorità richiedente (ciò purché l'ordinamento interno riconosca a tali uffici la legittimazione ad utilizzare direttamente il mandato d'arresto).

Anche l'assenza di politicità delle procure, di norma, negli ordinamenti giudiziari europei è garantita ad un livello sufficiente a legittimare all'utilizzo del MAE: in forza del principio di legalità, nelle tradizioni costituzionali europee di norma l'ufficio di pubblico ministero è adeguatamente svincolato da scelte politiche individuali e concrete, sebbene non sia comune negli ordinamenti degli Stati membri un chiaro obbligo di esercizio dell'azione penale (quale netta opzione per l'assenza di discrezionalità nelle scelte di incriminazione, salva l'inevitabile graduazione delle priorità a fronte di risorse scarse; cfr. – per una comparazione tra Italia, Francia e Germania – L. Violini, *Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 50 ss.).

Le coordinate ermeneutiche della Corte di giustizia, in particolare, individuano un livello di indipendenza certamente già sufficiente per gli uffici di procura lituani, dove sebbene il pubblico ministero sia totalmente distinto dall’ordinamento giudiziario preposto al giudizio, nondimeno allo stesso è conferita in via esclusiva – e non condizionabile in modo individuale e concreto da poteri esterni – la funzione di porre in essere le condizioni preliminari del procedimento penale. In Germania, invece, la problematicità dell’ordinamento giudiziario riguardo le procure è più marcata, in quanto sussiste un formale potere di iniziativa dell’esecutivo.

La presenza o l’assenza di indipendenza rilevante in ambito di MAE va quindi valutata considerando una variegata serie di soluzioni organizzative (e di modi di normare il ruolo degli uffici di procura, nell’ordinamento giudiziario). Alcune realtà – come l’Italia – presentano uffici di pubblico ministero che partecipano organicamente della giurisdizione (in un unico corpo con l’apparato giudicante), mentre altri ordinamenti operano mediante procure radicalmente separate dalla giurisdizione, ma non influenzabili in alcun modo dall’esecutivo (come in Lituania). Infine, alcuni sistemi nazionali – dove la Procura è separata dall’ordinamento giudiziario dedicato al giudicare, e dove l’iniziativa penale è discrezionale “di diritto” – vedono spazi di influenza sulle scelte delle strutture requirenti positivamente riconosciuti (a livello costituzionale o ordinario) a favore dell’esecutivo: o mediante indicazioni concrete, con indirizzi d’indagine o d’azione individuali, oppure mediante direttive astratte, con ordini generalizzati di priorità circa la repressione di determinate categorie di reati.

6. – Nella giurisprudenza della Corte di giustizia gli ordinamenti che escludono radicalmente ingerenze dell’esecutivo nell’attività inquirente e requirente sono qualificati come certamente conformi allo standard di indipendenza richiesto dal sistema del MAE. In particolare, sia per i mandati esecutivi di decisioni restrittive della libertà provenienti dall’autorità giudicante (rispetto alle quali la richiesta di una procura rappresenta un secondo filtro, successivo), sia per i mandati finalizzati all’avvio dell’azione penale, rispetto ai quali la Corte di giustizia non indica come essenziale il filtro propedeutico di un vaglio dell’autorità propriamente giudicante, la base giuridica dei Trattati dando copertura anche ad una collaborazione tra autorità comunque coinvolte in modo strumentale al processo strettamente inteso.

Si lascia però impregiudicata la possibilità per gli Stati aderenti di optare, a livello interno, per maggiori garanzie. È il caso dell’ordinamento italiano, in cui – anche nella procedura attiva di consegna – la pronuncia del giudice è comunque richiesta: la competenza ad emettere il mandato appartiene infatti o al giudice che ha emesso una misura cautelare, quindi al G.I.P., ovvero al Pubblico Ministero ma solo per procedere all’esecuzione di una precedente sentenza definitiva; scelta che tuttavia non legittima a rifiutare l’esecuzione – nella procedura passiva di consegna – di un mandato proveniente direttamente da un ufficio di procura di altro paese europeo, ove tale ufficio sia indipendente (fermo restando che in tali procedure passive l’ordinamento italiano comunque garantisce – per le verifiche sulla consegnabilità – il controllo giudiziale da parte della Corte di Appello; cfr. l’art. 5 della legge 69/2005).

Requisito non derogabile è quindi che la persona oggetto di MAE abbia beneficiato – in una prima fase del procedimento, nel paese richiedente – delle garanzie procedurali e dei diritti fondamentali (tra i quali, in particolare, il diritto alla libertà personale come sancito all’art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea); garanzie la cui effettività trova tutela nelle forme di una protezione giurisdizionale effettiva difronte alle autorità giudiziarie dello stesso Stato emittente (cfr. sentenza 1o giugno 2016, *Bob-Dogi*, C-241/15, EU:C:2016:385, punto 55). La protezione dei diritti in materia procedurale e dei diritti fondamentali è quindi a due livelli, in quanto alla protezione in sede di adozione di un mandato d’arresto

nazionale si aggiunge un secondo livello di protezione che deve essere garantito in sede di MAE (nuovamente impugnabile nelle forme ammesse dal diritto interno); secondo livello che tipicamente intervenire – in tempi brevi (e tendenzialmente previo controllo obiettivo della sola proporzionalità, cfr. ancora *Kovalkovas*, punto 47) – a seguito dell’adozione della decisione giudiziaria nazionale (cfr. ancora *Bob-Dogi*, punto 56).

A fronte di questa impostazione, il sistema lituano risulta organizzato in uffici di procura cui è certamente conferita una sufficientemente autonoma funzione strumentale all’amministrazione della giustizia penale, in quanto – pur essendo strutturalmente separati dal potere giudiziario – nondimeno risultano anche perfettamente autonomi dal potere esecutivo.

La semplice circostanza che le procure della Lituania siano responsabili in esclusiva dell’istruzione penale e dell’esercizio dell’azione penale (art. 118 della Costituzione e costante giurisprudenza della *Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*; cfr. punto 41 della sentenza 27 maggio 2019, causa C-509/18) non sarebbe stato quindi sufficiente a legittimare le stesse alla richiesta autonoma di un MAE (mentre in Lituania la responsabilità relativa all’emissione del mandato d’arresto europeo ricade proprio, da ultimo, sul procuratore generale di Lituania, che agisce su domanda del procuratore responsabile del procedimento penale in cui è richiesta la consegna della persona interessata). Tuttavia, è proprio l’assenza di nessi funzionali con l’amministrazione della giustizia di responsabilità governativa che completa lo status di tali uffici (la cui indipendenza dall’esecutivo è assicurata anche con norme organizzative di rango primario, contenute nella *Lietuvos Respublikos prokuratūros įstatymas*, legge relativa al pubblico ministero della Repubblica di Lituania).

Gli uffici di procura lituani, ai fini del mandato d’arresto, possono quindi essere considerati «autorità giurisdizionali» anche qualora decidano – come avvenuto nel procedimento principale – di emettere di loro iniziativa un MAE ai fini dell’esercizio di un’azione penale (anziché ai fini dell’esecuzione di una decisione giudiziale limitativa della libertà); in tale caso, però, resta fermo che le scelte di impiegare il MAE proprie del solo pubblico ministero devono poter essere oggetto di un ricorso interno (eventuale, ma davanti ad un giudice) che soddisfi i requisiti propri della tutela giurisdizionale effettiva.

7. – Per quanto invece riguarda l’ordinamento tedesco, la Corte di giustizia rileva come gli uffici di procura nei diversi *Länder* rientrino nella struttura gerarchica dipendente dal Ministro della Giustizia interessato, il quale dispone di un potere di vigilanza e di direzione esteso alla possibilità di impartire istruzioni individuali.

Al fine di stemperare la criticità di tale profilo organizzativo, peraltro, va rilevato da un lato lo scarso impiego di tali strumenti di direzione nella prassi (tanto che nel Land Sassonia il contratto di coalizione del governo del Land prevede che tale potere del Ministro della Giustizia non sia più esercitato in un certo numero di casi), d’altro lato la difficoltà di esercitare un ruolo di direzione pervasivo a fronte delle generali garanzie che gli standard dello Stato di diritto impongono all’esercizio dell’azione penale. Infatti, il pubblico ministero in Germania è comunque tenuto – per generale principio di legalità – all’obiettività nell’azione penale, indagando sugli elementi a carico e a discarico (non potendo arbitrariamente – cioè senza adeguata motivazione – ignorare né fatti ed elementi di prova, né percorsi investigativi sostenuti dai medesimi fatti ed elementi).

Il potere “esterno” del Ministro di influire sulle indagini mediante istruzioni, come previsto dagli articoli 146 e 147 del *GVG*, sarebbe quindi arginato dall’impostazione culturale dell’ordinamento nel senso del *Rechtsstaat* (cfr. D. Schefold, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in S. Gambino (cur.), *La*

*Magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004, 260). Se ciò rappresenta senz’altro una garanzia d’indipendenza, va comunque rilevato che tale potere esterno presenta però inevitabilmente margini di manovra ampi anche entro la cornice del principio della legalità; ciò in particolare tutte le volte in cui una decisione conserva margini di discrezionalità, come – nel caso del MAE – accade senza dubbio in punto di verifica della proporzionalità della richiesta. E questa disponibilità di spazi discrezionali rappresenta una prima criticità, che non permette di stemperare i problemi di indipendenza che caratterizzano l’ordinamento delle procure tedesche.

Quale corollario della natura discrezionale dell’azione penale in Germania, il principio di legalità garantisce quindi solamente che le eventuali istruzioni ministeriali non eccedano i limiti della legge e che un’eventuale inottemperanza alle istruzioni viziate non conduca alla rimozione del procuratore (posto che i pubblici ministeri – in quanto pubblici dipendenti – godono di un’inamovibilità estesa anche al mancato rispetto delle direttive affette da vizi di legittimità). La generica legalità dell’azione penale non è quindi sufficiente ad assicurare un livello di indipendenza adeguato, specie perché il potere di istruzione ministeriale risulta non ben tipizzato da *GVG*, senza specificazione di condizioni e finalità.

Connesso a ciò, neppure è risolutivo (dei problemi di indipendenza) che vi sia – se l’indirizzo ministeriale è stato dato in concreto – la possibilità di un ricorso giurisdizionale avverso lo stesso, per annullare l’atto in cui si sostanzia l’ingerenza della politica. Infatti, non solo tale controllo è successivo (e *medio termine* si possono verificare indebite compressioni della libertà personale, o gravi omissioni nella repressione e prevenzione dei reati), ma – più radicalmente – tale strumento consente soltanto di disinnescare le direttive politiche viziate sul piano della legalità, non di svincolare le procure da indirizzi inopportuni sul piano del merito delle scelte (tecniche) investigative.

Infine, seconda criticità (ed altro profilo che porta ad escludere che l’ingerenza ministeriale possa essere stemperata dal solo principio di legalità), persino nell’ipotesi in cui – nel caso specifico – non fosse stato concretamente utilizzato il potere di indirizzo, il semplice fatto che in astratto lo stesso potere risultasse utilizzabile dal Ministro finisce per inficiare la credibilità dell’apparato giurisdizionale (cfr. punti 73 e 89 della sentenza): la mera possibilità di un indirizzo politico, infatti, rischia di indurre il magistrato a condotte conformiste, fondate su tale aspettativa. E con ciò viene meno in via generale l’indipendenza necessaria perché le procure tedesche possano essere considerate – ai fini del MAE – come «autorità giudiziarie emittenti».

Infatti, il pericolo che l’esecutivo eserciti su casi individuali – direttamente o indirettamente, in concreto o in potenza – un’influenza politica rivolta all’ufficio di procura, impedisce di garantire uno svolgimento delle funzioni compatibile con i diritti fondamentali necessari alla mutua fiducia nel sistema del MAE. Anche una indiretta ed eventuale sottoponibilità ad ingerenza condiziona l’attività giurisdizionale mentre, per l’emissione di un mandato, la Corte di giustizia esige invece che gli ordinamenti giudiziari degli Stati membri siano armonizzati verso gli standard più elevati di indipendenza, con radicale esclusione dell’influenza politica nell’attività del pubblico ministero.

Nella giurisprudenza annotata resta del tutto aperta, tuttavia, la questione di come distinguere le situazioni in cui gli indirizzi politici – eventualmente ammessi dall’ordinamento nazionale – assumono carattere generale (sostanzandosi in direttive d’indagine limitate a priorità per macro-categorie di reato) anziché portata individuale. Una questione che rimane ancora aperta nella giurisprudenza della Corte di giustizia è infatti quella del se possa legittimare un rifiuto di esecuzione del MAE anche l’assenza di rimedi effettivi in caso di indicazioni operative di portata fintamente generale, specie in ordinamenti in cui – per tradizione – vi è uno stretto legame

operativo tra procure e Ministero (come nel caso francese, dove oltre all'assenza dell'obbligatorietà dell'azione penale – comune anche alla Germania – è molto più diffusa, rispetto all'ordinamento tedesco, una prassi di attiva direzione da parte dell'esecutivo; cfr. – sull'ordinamento giudiziario francese – G. Lacoste, *La legge costituzionale del 27 luglio 2008 e la riforma del Consiglio superiore della magistratura in Francia*, in A. Cervati, M. Volpi (cur.), *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, Giappichelli, 2010, 105 ss. e L. Montanari, T. S. Renoux, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura in Francia alla luce della riforma costituzionale del 2008*, in *DPCE*, fasc. 4, 2010, 1624 ss.).

## **Appalti e gravi illeciti professionali pregressi. Legittima l'esclusione da una gara anche in assenza di un provvedimento definitivo**

*di Giacomo Mannocci*

**Title:** The Exclusion from participation in Public Procurement for grave professional misconduct in the absence of a definitive jurisdictional provision.

**Keywords:** Public Procurement; Professional misconduct; Definitive jurisdictional provision.

1. – Con la Sentenza del 19 giugno 2019, n. 41/18, la Corte di Giustizia ha risolto un annoso problema su cui la dottrina e la giurisprudenza interna erano profondamente divise: l'esclusione o meno dalla gara di appalto di un operatore economico per un grave illecito professionale contestato e pendente in sede giudiziale e relativo all'esecuzione di un precedente contratto di appalto.

Si trattava di un problema che le Pubbliche Amministrazioni erano molto spesso chiamate a risolvere e che ingeneravano solitamente un ulteriore contenzioso giudiziario con conseguenze negative che allungavano notevolmente i tempi di affidamento o condizionavano pesantemente l'esecuzione del successivo contratto di appalto. Le Pubbliche Amministrazioni si trovavano, infatti, di fronte ad un dilemma: mantenere in gara una società a cui magari la stessa stazione appaltante aveva contestato l'esecuzione del precedente contratto di appalto oppure escluderla, mettendo comunque in conto un secondo contenzioso giudiziario perché la stessa società – magari strumentalmente – aveva impugnato la risoluzione per grave illecito professionale del precedente contratto.

Il dato normativo, nella sua sinteticità, non offriva una soluzione adeguata: l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, recante il Codice dei Contratti pubblici, come novellato dal d.lgs. n. 56/2017 e dall'art. 5, comma 1, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, si limita ad affermare che «l'operatore economico» è escluso dalla partecipazione alla procedura di gara se «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità». La stessa disposizione elenca poi una serie di ipotesi in cui è disposta l'esclusione: ad, esempio è inflitta all'operatore economico che «abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa».

Il Codice rinvia poi all'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione «il compito

di precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c) dell' art. 80, D.lgs. 50/2016)».

La giurisprudenza interna, in ossequio a quella euro unitaria, ha chiarito da subito che per le cause di esclusione il Codice dei contratti «non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, ma disegna una fattispecie aperta contenente un'elencazione tipizzante avente chiara natura esemplificativa e non tassativa, rimettendo alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalla norma primaria, che siano oggettivamente sussumibili nella figura del grave illecito professionale, previa motivata valutazione dell'incidenza

del comportamento stigmatizzato sulla permanenza dei requisiti di integrità ed affidabilità dell'impresa concorrente». (Cons. Stato Sez. V, 19/04/2019, n. 2553 ma anche Cons. Giust. Amm. Sicilia, 10/07/2019, n. 662; Cons. Stato Sez. V, 24/01/2019, n. 586; T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 10/10/2018, n. 5848).

Il problema non riguarda, quindi, le singole ipotesi di grave illecito professionali su cui è pacifico che le stazioni appaltanti abbiano un ambito di discrezionalità nell'accertamento, seppur ovviamente nel rispetto dei principi di proporzionalità, gravità e temporalità dell'illecito; il problema investe invece se il grave illecito professionale è contestato dall'interessato il quale attiva un contenzioso giudiziario volto al riconoscimento del suo positivo operato. Secondo parte della dottrina, in assenza di un provvedimento avente autorità di cosa giudicata, non era possibile escludere da una nuova gara l'operatore economico a cui in precedenza era stato contestato un grave illecito professionale. E questo per garantire il diritto di difesa e il rispetto del contraddittorio dal momento che in precedenza la Pubblica amministrazione avrebbe potuto agire in modo arbitrario. Tale tesi è stata fatta propria in una pluralità di sentenze dal Consiglio di Stato che ha più volte affermato che «l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, relativo ai "gravi illeciti professionali", deve essere inteso nel senso che la pendenza del giudizio, avente ad oggetto la contestazione di una risoluzione contrattuale pronunciata nei confronti di un'impresa, non giustifica l'esclusione dalla gara della medesima impresa, stante l'assenza di una pronuncia definitiva in merito» (Consiglio di Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955. TAR Sardegna, Sezione I, 26 aprile 2018, n. 374).

Sempre il Consiglio di Stato ha chiarito in una sentenza del 3 aprile 2018 che il riferimento a «qualsiasi mezzo idoneo», contenuto nella legislazione euro unitaria a proposito dell'accertamento del grave illecito professionale, riferendosi ad una causa di esclusione facoltativa e non obbligatoria, è stato interpretato dal legislatore nazionale con la necessità di un provvedimento avente autorità di cosa giudicata. (Cons. Stato Sez. V, sent., (ud. 25/01/2018) 03-04-2018, n. 2063).

Su questa ricostruzione però, lo stesso Consiglio di Stato ha sollevato dei dubbi in più di un'occasione giacché la contestazione giudiziale di un pregresso inadempimento professionale poteva essere meramente strumentale per consentire comunque in pendenza del processo la partecipazione ad altre gare.

A tal proposito, è interessante esaminare il parere del 23.10.2018 che i Giudici di Palazzo Spada hanno espresso a proposito dell'aggiornamento delle linee guida che l'Autorità Nazionale anticorruzione ha elaborato dopo le ultime novelle legislative del 2017 e del 2018 sui gravi illeciti professionali.

Per poter comprendere lo spirito del parere citato, va premesso che l'ANAC ha chiarito che la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente: a) la risoluzione anticipata non contestata in



giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio; b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della vigente disciplina.

Sul punto a) il parere ha fatto un'ampia disamina sul concetto di definitività del provvedimento giurisdizionale sottolineando che questa «non presenta un significato univoco. Se è vero che di regola con tale termine si intende designare la pronuncia del giudice avverso la quale non sono ammesse impugnazioni (diverse dalla revisione o dalla revocazione), è anche vero che tale condizione del provvedimento giurisdizionale è designata con altri termini “tecnici” più precisi, riferiti al passaggio in giudicato a alla irrevocabilità (per le sentenze penali). La “definitività” potendo invece ricorrere, nel lessico processuale, anche per significare solo l'avvenuta conclusione di un grado del giudizio o di una sua fase, anche quella cautelare o sommaria (nel processo civile e in quello amministrativo, del resto, la “sentenza non definitiva” è di regola quella, anche pronunciata in primo grado, che dispone incombenti istruttori o adempimenti di rito, non definendo nel merito la controversia e non decidendo “definitivamente” sulle domande delle parti)».

Al problema etimologico si aggiunge quello giuridico perché il requisito della «definitività» non trova una sicura base giuridica nella legge, né tanto meno nella direttiva europea. La qualificazione degli accertamenti in termini di «definitività» è invero presente solo nel comma 1 dell'art. 80, a proposito delle sentenze penali, per le quali la definitività coincide con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, ma non compare nel comma 5 relativo al grave illecito professionale. Ci si pone pertanto il quesito se la definitività sia stata voluta o no dal legislatore perché quando ha voluto farne riferimento, lo ha fatto esplicitamente come nel caso delle gravi violazioni degli obblighi fiscali e contributivi, che devono essere «definitivamente accertate».

I Giudici di Palazzo Spada mettevano poi in risalto il possibile contrasto tra la normativa italiana e quella euro unitaria perché l'art. 57, par. 4, lettera c), della Direttiva 24/2004 si limita a prevedere, come causa di possibile esclusione, il caso in cui «l'Amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità», mentre il Legislatore nazionale richiedeva che le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non fossero contestate o fossero confermate all'esito di un giudizio. Per completezza va precisato che la normativa nazionale esaminata nel parere è stata successivamente modificata: il vigente art. 80 comma 5 non fa più riferimento alla «non contestazione».

Restava tuttavia il problema – come sottolineato dalla stessa ANAC – di contemperare il principio della certezza del diritto con la garanzia di affidabilità del concorrente: la definitività dell'accertamento garantisce infatti la considerazione dei soli fatti immutabili, evitando che un operatore economico possa subire pregiudizi irreparabili sulla base di un provvedimento suscettibile di annullamento. Per contro, impedisce alla stazione appaltante di tener conto di condotte, anche poste in essere in suo danno, che non rivestano il carattere della definitività. L'ANAC osservava in proposito che erano «noti i casi in cui, a seguito della risoluzione contrattuale per grave inadempimento dell'aggiudicatario, la stazione appaltante ha indetto una nuova gara cui lo stesso soggetto colpito dalla risoluzione - che abbia impugnato il provvedimento adottato nei suoi confronti - chiede di partecipare. In questo caso, se si aderisse all'idea che l'accertamento della violazione debba essere definitivo, la stazione appaltante non potrebbe escludere il concorrente inadempiente e rischierebbe di dovergli aggiudicare il contratto che in precedenza aveva risolto» (Relazione illustrativa all'aggiornamento delle Linee guida n. 6).

Stante questa incertezza dottrina e giurisprudenziale, sono state ben due le

Ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia sulla compatibilità dell'art. 80 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 con la normativa euro unitaria. Lo stesso Consiglio di Stato ha rimesso la questione chiedendo «se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio» (Consiglio di Stato, Sez. V, 3/5/2018 n. 2639).

In realtà, con la sentenza ivi commentata, la Corte di Giustizia interviene su una questione sottopostale in precedenza dal TAR Campania, il quale – oltre a dubitare della compatibilità con la Direttiva euro unitaria dell'obbligo dell'accertamento definitivo di un pregresso grave illecito professionale per escludere un operatore da una gara – aveva chiesto alla Corte «se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di *self cleaning* volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione» (Tar per la Campania, sez. IV, con ordinanza 13 dicembre 2017, n. 5893).

La vicenda da cui nasce la controversia è sintomatica per dimostrare come la normativa interna fosse in contrasto con i principi euro unitari sugli appalti pubblici.

Nel maggio 2017 il Comune di Napoli ha risolto il contratto con cui aveva affidato la refezione scolastica ad una società in seguito ad accertati casi di intossicazione alimentare dovuti alla presenza di colibatteri all'interno dei cibi somministrati in una mensa scolastica. La società ha contestato la decisione dinanzi al Tribunale di Napoli e nel frattempo ha partecipato e si è nuovamente aggiudicata l'appalto per la refezione nelle scuole comunali per il successivo anno scolastico. Il Comune di Napoli non l'ha infatti esclusa dalla gara sulla base che la precedente risoluzione contrattuale era stata contestata in sede giudiziale. Avverso a tale decisione è insorta un'altra società partecipante alla gara, dando luogo al contenzioso sul quale il TAR ha investito della questione la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

La Corte ha osservato preliminarmente che il Considerando 101 della Direttiva europea sugli appalti prevede che le Amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli «operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili», mentre il suo secondo comma prende in considerazione, nell'esecuzione degli appalti pubblici precedenti, «comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico». Si tratta quindi di una esclusione facoltativa, basata su un prudente apprezzamento, che gli Stati membri potevano recepire o meno. Tuttavia, una volta che uno Stato membro decide di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla Direttiva n. 2014/24, deve rispettarne gli elementi essenziali, non potendo ignorare gli obiettivi o i principi che hanno ispirato ciascuna delle ipotesi facoltative.

Nel caso di specie, osserva la Corte, il Legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'Amministrazione aggiudicatrice, e ad essa soltanto, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto. Il Legislatore italiano poteva non inserire una simile disposizione, ma – una volta che l'ha introdotta – non può più vincolare la stazione appaltante ai tempi e alla decisione dell'Autorità Giudiziaria perché altrimenti

il potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice sarebbe infatti paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione. Inoltre, per la Corte, una norma come quella prevista all'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non incoraggia manifestamente un aggiudicatario nei cui confronti è stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie.

Il meccanismo delle misure riparatorie (*self-cleaning*) si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva, tendendo a incoraggiare un operatore economico a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura di appalto. A tal fine, l'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure riparatorie evidenziano quindi l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico, elemento che permea i motivi di esclusione relativi alla situazione soggettiva dell'offerente.

L'esistenza delle misure di self clearing risponde quindi a un duplice obiettivo: da un lato tutela l'operatore economico permettendogli di partecipare alle gare pur in presenza di un pregresso illecito; dall'altro tutela la stazione appaltante che potrà escludere un operatore in assenza di una condanna definitiva perché l'operatore economico è stato comunque messo nella condizione di difendersi da eventuali provvedimenti arbitrari adottati da una P.A.

La Corte di Giustizia ha pertanto concluso che la normativa euro unitaria deve essere interpretata nel senso di consentire ad un'Amministrazione aggiudicatrice di escludere da una gara di appalto un operatore economico per pregressi gravi illeciti professionali verso di essa o terze Amministrazioni anche se questo è stato contestato o non vi è ancora un provvedimento giurisdizionale definitivo in merito.

Si tratta di una Sentenza molto importante perché elimina gli automatismi, impedisce ad un operatore economico di presentare strumentalmente un ricorso giurisdizionale ogni qualvolta sia stato escluso per un grave illecito professionale e attribuisce alle stazioni appaltanti una motivata discrezionalità, garantendo i principi basi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della Costituzione.



## L'obbligo di motivazione nell'ambito della politica di sicurezza comune. I vincoli della discrezionalità del Consiglio Europeo di fronte al controllo giurisdizionale

di *Emilio Minniti*

**Title:** The obligation to state reasons in the context of the common security policy. The constraints of the European Council's discretion in the face of judicial review

**Keywords:** Terrorism; Discretion; State Reason.

1. – In relazione alle decisioni del Consiglio Europeo 2007/445, 2007/868, 2008/583 e 2009/62 non è emerso alcun elemento atto ad inficiarne la validità. Viceversa, il regolamento n. 501/2009 è invalido nella parte in cui le Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) sono state mantenute nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001.

Questo è il *decisum* cui perviene la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quinta Sezione, con riferimento alle domande di pronuncia pregiudiziale sollevate, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Landgericht Saarbrücken (Tribunale tedesco del Land Saarbrücken) nell'ambito di un procedimento penale a carico del sig. K.P.

In data 12 marzo 2015, il sig. K.P. È stato rinviato a giudizio dal tribunale del rinvio su richiesta della procura di Saarbrücken, in quanto sospettato di aver violato un divieto immediatamente cogente, sancito da un atto normativo dell'Unione europea volto all'attuazione di una sanzione economica deliberata dal Consiglio dell'Unione europea nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune. In occasione di una perquisizione domiciliare autorizzata nel corso di un'indagine a carico di terzi, nell'abitazione del soggetto in questione sono state rinvenute e sequestrate delle ricevute relative a donazioni finanziarie a favore delle Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE), oltre a materiale informativo inerente una manifestazione organizzata dalla medesima organizzazione. A seguito di quanto emerso da ulteriori e successive indagini, il sig. K. P. viene sospettato dalla Procura di Saarbrücken di essere stato il responsabile distrettuale del Comitato di Coordinamento Tamil nel Saarland (Germania) dal 2007 al 2009, ed accusato di aver commesso reiterate violazioni dell'articolo 34, paragrafo 6, punto 2, dell'Außenwirtschaftsgesetz (AWG, Legge tedesca sul commercio estero). Nel periodo compreso tra l'11 agosto 2007 e il 27 novembre 2009, l'interessato avrebbe raccolto presso i residenti Tamil in Germania, in 43 occasioni distinte, donazioni per un totale di Euro 69.385,00, e le avrebbe trasferite al Comitato di Coordinamento Tamil stabilito a Oberhausen (Germania), per il finanziamento della lotta armata contro il governo centrale dello Sri Lanka. In occasione dell'udienza del 1° luglio 2015 di fronte al giudice del rinvio, K. P. ha sostenuto l'invalidità dell'inserimento delle LTTE nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001, e dunque l'insussistenza del fondamento legale di un'eventuale condanna penale relativa al periodo e all'accusa in oggetto.

A sostegno di tale argomentazione K. P. ha richiamato la sentenza della Corte di

Giustizia Europea C-550/09 (E e F, EU:C:2010:382) del 29 giugno 2010 e la sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 16 ottobre 2014 T-208/11 e T-508/11 (LTTE/Consiglio, EU:C:2014:885). Nella sentenza C- 550/09, infatti, la Corte di Giustizia aveva dichiarato che l'iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001 dell'organizzazione Devrimci Halk Kurtulus Partisi-Cephesi (DHKP-C), era invalida e non poteva, di conseguenza, essere assunta a fondamento di alcuna condanna penale per presunta violazione del medesimo regolamento. Ciò in quanto il Consiglio europeo aveva ommesso di fornire la motivazione, relativa alla decisione iniziale di inserire il DHKP-C nel suddetto elenco e alle successive decisioni di rinnovo della stessa. I giudici hanno infatti rilevato come, sebbene la decisione del Consiglio europeo 2007/445 sia stata adottata con un'espressa motivazione, tutte le precedenti misure, compresa l'iscrizione iniziale, erano da ritenersi invalide, in quanto prive della necessaria motivazione. Quanto alla sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 16 ottobre 2014 T-208/11 e T-508/11 (LTTE/Consiglio, EU:C:2014:885), il cui dispositivo è stato confermato dalla Corte di giustizia europea con il pronunciamento del 26 luglio 2017 C-599/14, (Consiglio/LTTE EU:C:2017:583), questa ha annullato gli atti del Consiglio che hanno mantenuto le LTTE nell'elenco in questione dal 2011 al 2014. I giudici hanno infatti rilevato come, a seguito della netta sconfitta militare subita nel 2009 dall'organizzazione tamil, il riferimento alla decisione assunta dal Regno Unito nel 2001 di proscrivere le LTTE ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001, non costituiva più una base sufficiente per fondare i successivi atti controversi.

In considerazione di tali argomentazioni il Landgericht Saarbrücken (Tribunale tedesco del Land Saarbrücken), poiché le disposizioni penali dell'AWG, relativamente alla definizione degli elementi costitutivi di un reato, rinviano alle decisioni del Consiglio europeo assunte nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia europea una questione pregiudiziale. Nello specifico, il giudice del rinvio tedesco ha chiesto "se sia valida l'iscrizione delle LTTE nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento europeo n. 2580/2001, per il periodo compreso tra l'11 agosto 2007 e il 27 novembre 2009, in particolare, sulla base delle decisioni del Consiglio del 28 giugno 2007 (2007/445), del 20 dicembre 2007 (2007/868), del 15 luglio 2008 (2008/583), del 26 gennaio 2009 (2009/62) e del regolamento n. 501/2009".

2254

2. – La Corte di Giustizia, nel dare risposta alle domande pregiudiziali poste dal giudice del rinvio, ha preliminarmente analizzato l'articolato quadro normativo in relazione al quale si è sviluppata la vicenda giudiziaria, anche al fine di valutare l'effettiva ricevibilità della questione pregiudiziale.

I giudici hanno evidenziato come le strategie dirette a contrastare il finanziamento delle organizzazioni terroristiche, successive all'affermazione globale della minaccia terroristica post 11 settembre 2001, trovino una prima e generale formulazione nella risoluzione 137/2001 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, adottata sulla base del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Il punto 1, lettera C, di tale risoluzione, dispone espressamente che tutti gli Stati debbano procedere al congelamento dei capitali, delle attività finanziarie e delle risorse economiche dei soggetti che commettano, tentino di commettere, facilitino o partecipino ad azioni terroristiche, nonché delle entità appartenenti a tali soggetti o da essi controllate.

Tuttavia, poiché tale risoluzione non prevede la compilazione di alcun elenco di soggetti ai quali debbano applicate le misure restrittive, al fine di darne concreta attuazione, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato la posizione comune 2001/931/PESC.

Tale atto stabilisce la costituzione di un elenco di persone, gruppi ed entità coinvolte in attività terroristiche, alle quali applicare le misure restrittive stabilite dalla risoluzione 137/2001, e la cui permanenza nel suddetto elenco venga regolarmente riesaminata con cadenza quantomeno semestrale. L'articolo 1, paragrafo 4, prevede inoltre che "l'elenco è

redatto sulla base di informazioni precise o di elementi del fascicolo da cui risulta che un'autorità competente ha preso una decisione nei confronti delle persone, gruppi ed entità interessati, si tratti dell'apertura di indagini o di azioni penali per un atto terroristico, il tentativo di commetterlo, la partecipazione a tale atto o la sua agevolazione, basate su prove o indizi seri e credibili, o si tratti di una condanna per tali fatti". Nell'elenco allegato alla posizione comune, oggetto di diverse successive modifiche e integrazioni, non figurano le Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE), inserite per la prima volta in allegato alla posizione 2006/931/PESC del 29 maggio 2006, che ha aggiornato la posizione comune 2001/931/PESC ed abrogato la posizione 2006/231/PESC.

L'inserimento delle LTTE nel suddetto elenco è stato mantenuto dalla decisione del Consiglio 2006/1008/CE del 21 dicembre 2006, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001 e, successivamente, dalle decisioni 2007/445, 2007/868, 2008/583 e 2009/62, nonché dal regolamento n. 501/2009.

Inoltre, ritenendo necessaria la promulgazione di un regolamento specifico al fine di attuare, a livello comunitario, la posizione comune 2001/931/PESC, il Consiglio europeo ha adottato il regolamento n. 2580/2001, del 27 dicembre 2001. L'articolo 2 di tale regolamento prevede che, fatte salve le disposizioni degli articoli 5 e 6, siano congelati "tutti i capitali, le altre attività finanziarie e le risorse economiche di cui una persona fisica o giuridica, gruppo o entità ricompresi nell'elenco di cui al paragrafo 3 detenga la proprietà o il possesso". Stabilisce, in aggiunta, che "è vietato mettere, direttamente o indirettamente, a disposizione delle persone fisiche o giuridiche, gruppo o entità ricompresi nell'elenco di cui al paragrafo 3, capitali, altre attività finanziarie e risorse economiche", ed è "vietata la prestazione di servizi finanziari destinati alle persone fisiche o giuridiche, gruppi o entità ricompresi nell'elenco di cui al paragrafo 3".

L'articolo 9 completa la disciplina, prevedendo che ogni singolo Stato membro debba determinare le sanzioni da imporre in caso di violazione delle disposizioni stabilite dal regolamento, e che queste debbano essere efficaci, proporzionate e dissuasive. Sulla base di tale ultima previsione normativa, l'Außenwirtschaftsgesetz (AWG, Legge tedesca sul commercio estero) dispone all'articolo 34 che è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni chiunque contravenga al divieto, pubblicato nel *Bundesanzeiger* e immediatamente cogente, di esportazione, vendita, consegna, messa a disposizione, cessione, prestazione di servizi, investimento, sostegno o elusione sancito da un atto normativo della Comunità europea, che miri all'attuazione di una sanzione economica deliberata dal Consiglio dell'Unione europea nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune. Stabilisce, inoltre, che è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni, chiunque contravenga a un divieto, pubblicato nel *Bundesanzeiger* e immediatamente cogente, di esportazione, importazione, transito, movimentazione, vendita, consegna, messa a disposizione, cessione, prestazione di servizi, investimento, sostegno o elusione, sancito da un atto normativo della Comunità europea che miri all'attuazione di una sanzione economica deliberata dal Consiglio nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune.

Definito il complesso quadro normativo di riferimento, la Corte di Giustizia prende in esame l'effettiva ricevibilità del rinvio, evidenziando come, sulla scorta di una giurisprudenza costante, spetti al giudice nazionale, dinanzi al quale è sollevata la questione relativa alla validità di un atto adottato dalle istituzioni dell'Unione europea, chiedere alla Corte di statuire sulla questione in oggetto (sentenza C-343/09 EU:C:2010:419; sentenza C-547/14 EU:C:2016:325). Tuttavia, benché lo stesso giudice del rinvio abbia sottolineato nella richiesta come K. P. non fosse legittimato a presentare un ricorso diretto contro gli atti del Consiglio in rappresentanza delle LTTE, la Corte rileva come sia indubbio che gli atti in questione l'abbiano riguardato individualmente, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 263, paragrafo 4 del TFUE (sentenza C-229/05 EU:C:2007:32). Pertanto i giudici hanno ritenuto ricevibile la questione pregiudiziale.

3. – In relazione alle questioni poste dal giudice nazionale, relative alla validità di cinque

atti del Consiglio che hanno mantenuto l'inserimento delle LTTE nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001, ossia delle decisioni 2007/445, 2007/868, 2008/583 e 2009/62, nonché del regolamento n. 501/2009, la Corte di Giustizia ha preso in esame le analogie con le precedenti sentenze addotte a sostegno della questione pregiudiziale.

In primo luogo, in riferimento alla causa che ha dato origine alla sentenza C-550/09 (E e F, EU:C:2010:382), i giudici rilevano come nessuna delle decisioni in questione conteneva una motivazione, mentre, nel caso in oggetto, risulta che tutti gli atti di cui al procedimento principale sono accompagnati da un'esposizione delle ragioni per le quali, secondo il Consiglio europeo, il mantenimento delle LTTE nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001 continuava ad essere giustificato. Inoltre, la Corte precisa come il prolungamento dell'inserimento iniziale nel suddetto elenco, vada considerato nell'ambito dell'esigenza di verificare la persistenza del rischio di coinvolgimento del soggetto interessato, in attività terroristiche (si veda la sentenza C-599/14 P EU:C:2017:583, punto 46). Quanto al piano giuridico, i giudici precisano come l'inserimento di un soggetto nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001 e il successivo atto che mantiene detto inserimento, rappresentino due misure adottate su basi giuridiche differenti, in quanto la prima è fondata sull'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931 e presuppone l'esistenza di una decisione nazionale proveniente da un'autorità competente, mentre la seconda verte sull'articolo 1, paragrafo 6, della stessa posizione comune e non richiede l'esistenza di una simile decisione nazionale. Tale distinzione deriva dal fatto che, il mantenimento del soggetto nell'elenco in questione, non rappresenta soltanto il prolungamento dell'inserimento iniziale, ma presuppone e attesta la persistenza del soggetto interessato in attività terroristiche (si veda la sentenza C-599/14 P EU:C:2017:583, punti da 59 a 61).

In secondo luogo, in relazione alla sentenza del Tribunale dell'Unione europea T-208/11 e T-508/11 (LTTE/Consiglio, EU:C:2014:885), il cui dispositivo è stato confermato dalla Corte di giustizia europea con il pronunciamento del 26 luglio 2017 C-599/14, (Consiglio/LTTE EU:C:2017:583), e ha annullato gli atti del Consiglio dal 2011 al 2014, relativi al mantenimento delle LTTE nell'elenco in questione, la Corte ha osservato come la motivazione principale dei suddetti dispositivi, fosse inerente al lungo lasso di tempo intercorso tra le decisioni assunte dal Regno Unito nel 2001 e gli atti che hanno mantenuto l'organizzazione Tamil nell'elenco in oggetto. In tale ampio frangente, infatti, si era venuto a determinare un fatto di assoluta rilevanza, potenzialmente in grado di ridefinire i termini della questione, ossia la totale disfatta militare subita dalle LTTE nel 2009, di cui il Consiglio, viceversa, non aveva tenuto alcun conto nelle motivazioni degli atti adottati dal 2011 al 2014, che determinavano il mantenimento dell'organizzazione Tamil nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001 (si veda C-599/14 P EU:C:2017:583, punto 55). Tuttavia, i giudici osservano come nel caso del sig. K. P., tra la data dell'ultimo atto terroristico menzionato dal Consiglio nelle motivazioni dei vari atti di mantenimento, avvenuto il 16 ottobre 2006, e la decisione 2007/445, ossia il primo atto di cui al procedimento principale, adottato il 28 giugno 2007, siano trascorsi poco più di otto mesi. La Corte, pertanto, esclude che gli atti terroristici perpetrati nel 2006 e le decisioni adottate dal Regno Unito nel 2001, costituiscano elementi troppo distanti nel tempo da pregiudicare il mantenimento delle LTTE nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001.

Quanto al secondo elemento cardine della sentenza C-599/14, del 26 luglio 2017 (Consiglio/LTTE), relativo all'evoluzione sostanziale delle circostanze, dovuta alla disfatta militare subita dall'organizzazione tamil, i giudici evidenziano come l'ultimo atto di cui al procedimento principale, ossia il regolamento n. 501 del 2009, sia stato adottato un mese dopo la suddetta sconfitta militare. Sebbene, come rilevato dall'avvocato generale nelle sue conclusioni (si veda conclusioni dell'avvocato generale nella causa K.P. paragrafo 61), un semestre costituisca un arco temporale oggettivamente breve al fine di effettuare un riesame obbligatorio, e la pesante sconfitta militare non implicava automaticamente la



cessazione della minaccia terroristica rappresentata dalle LTTE, la Corte ha evidenziato come, in ogni caso, emerga un difetto di motivazione. Infatti, sebbene sia riconosciuto al Consiglio europeo un potere discrezionale nell'ambito delle misure preventive finalizzate al contrasto delle attività terroristiche, che consente l'adozione di un atteggiamento prudenziale rispetto al mantenimento delle LTTE nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001, anche dopo la disfatta militare del 15 maggio 2009, i giudici evidenziano come il Consiglio fosse tenuto, in forza dell'obbligo di motivazione allo stesso incombente, ad esporne dettagliatamente le ragioni. Pertanto, l'assenza di qualsiasi spiegazione in merito costituisce un'irregolarità ai sensi dell'articolo 296 TFUE, che implica l'invalidità del regolamento n. 501/2009.

4. – La sentenza sul caso K.P., ponendosi in sostanziale continuità con la giurisprudenza precedente, riafferma la rilevanza dell'obbligo di motivazione previsto dall'articolo 296 TFUE, nell'ambito dell'adozione o della reiterazione di misure volte a garantire la sicurezza comune, frequentemente condizionate da particolari esigenze di urgenza. La *ratio* di tale obbligo, che costituisce una peculiarità dell'ordinamento UE, in quanto non trova alcuna rispondenza negli ordinamenti degli Stati membri, viene frequentemente individuata nel principio di attribuzione delle competenze (si veda A. Maffeo, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione Europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia in Federalismi.it*, 2018). In quest'ottica tale l'obbligo rappresenta, nel contesto dell'Unione, una dimostrazione della effettiva legittimazione ad agire delle istituzioni che lo osservano. Tuttavia, nel caso in oggetto, l'esigenza prioritaria che la Corte evidenzia a fondamento della motivazione, è quella di far apparire in forma chiara ed inequivocabile l'*iter* logico seguito dall'istituzione da cui promana, in modo da consentire al giudice competente di poter esercitare pienamente il proprio controllo e ai soggetti interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato ( si vedano le sentenze *Al-Aqsa/Consiglio* e *Paesi Bassi/Al-Aqsa*, C-539/10 P e C-550/10 P, EU:C:2012:711).

Tale obbligo costituisce, dunque, come ha osservato l'avvocato generale nel paragrafo 46 delle sue conclusioni, un'espressione del principio generale del rispetto dei diritti della difesa e del corrispondente diritto fondamentale di cui all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nel caso del procedimento in esame, i giudici hanno riconosciuto la correttezza e la fondatezza della motivazione sulla quale si fonda il rinnovo dell'iscrizione delle LTTE nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001, stabilito dalla decisione 2007/445. Tale documento, infatti, descrive le Liberation Tigers of Tamil Eelam come un'organizzazione costituitasi nel 1976 e responsabile di dodici azioni, che il Consiglio ha ritenuto rientranti nella definizione di atto terroristico di cui all'articolo 1, paragrafo 3, della posizione comune 2001/931. Fa inoltre riferimento alla decisione del Ministero dell'Interno del Regno Unito, assunta il 29 marzo 2001, di proscrivere le LTTE in base a quanto disposto dall'UK Terrorism Act 2000, nonché al provvedimento adottato dal Ministero del Tesoro del Regno Unito il 6 dicembre 2001, che congela il patrimonio delle LTTE, e all'analoga precedente decisione assunta dal Governo indiano nel 1992, di proscrivere l'organizzazione in oggetto. I giudici hanno dunque considerato le argomentazioni addotte a sostegno di tali provvedimenti, sufficienti ad accertare la sussistenza di una base fattuale solida, colmando la fondamentale lacuna della possibilità di accertamento diretto dei fatti, cui la Corte ha fatto esplicito riferimento nel paragrafo 45 della sentenza C-599/14, (Consiglio/LTTE EU:C:2017:583), del 26 luglio 2017.

Quanto alla decisione di invalidare il regolamento n. 501/2009, nella parte in cui le Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) sono state mantenute nell'elenco di cui all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001, i giudici hanno respinto l'argomentazione del Consiglio che asseriva l'irrilevanza, ai fini dell'esito finale, della menzione della sconfitta militare dell'organizzazione tamil. L'assenza di "qualsiasi riferimento" al rilevante mutamento delle circostanze e di "qualsiasi spiegazione" in merito

alle motivazioni alla base della decisione di mantenere in atto le misure restrittive, hanno rappresentato a giudizio della Corte una palese violazione degli obblighi di cui all'articolo 296 TFUE. Pur ribadendo chiaramente il riconoscimento al Consiglio della massima discrezionalità in merito alle decisioni da assumere in tema di misure preventive al contrasto delle attività terroristiche, i giudici hanno fatto valere la cogenza dell'obbligo di motivazione. La Corte, in sostanza, sembra aver stabilito una sorta di rapporto di proporzionalità, tra la discrezionalità di cui gode l'istituzione e la necessità che questa produca un'esauritiva motivazione, al fine di consentire un efficace e reale esercizio del controllo giurisdizionale.

## Diritto del lavoratore al riposo: la Corte di giustizia statuisce l'obbligatorietà della registrazione giornaliera dell'orario di lavoro

*di Francesco Monceri*

**Title:** Worker's right to rest: the Court of Justice establishes the obligation to record daily working time

**Keywords:** system for recording the time worked; daily and weekly rest period; effectiveness

1. – La pronuncia in commento consente di rilevare numerosi profili di interesse oltre a confermare la particolare attenzione della Corte di giustizia al tema dei diritti fondamentali e al rispetto delle norme contenute nella c.d. Carta di Nizza, da tempo gratificata dello stesso valore giuridico dei Trattati.

Nel caso di specie la Corte appunta la propria attenzione sul diritto del lavoratore e, segnatamente, sull'effettività delle limitazioni della durata massima dell'orario di lavoro, e del diritto di fruire di un congruo riposo giornaliero e settimanale, come garantito dall'art.31, comma 2, della Carta dei diritti dell'Unione europea (sul connesso problema del "diritto alle ferie" v. Corte di giustizia, sent. del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal c. Bauer e Volker Willmeroth c. Broßonn*; sent. del 6 novembre 2018, causa C-619/16, *Sebastian W. Kreuziger c. Land Berlin*; sent. del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e V c. Tetsuji Shimizu*. In argomento si veda di recente M. Condinanzi, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *federalismi.it*, 10/2019, 1-17). Effettività che, come afferma la Corte, non può prescindere dall'esplicito riconoscimento del fatto che il lavoratore costituisce la parte debole del rapporto di lavoro. Così che il sistema normativo predisposto alla tutela del diritto esaminato deve essere commisurato all'effettiva possibilità del lavoratore di farlo valere, che può ritenersi esclusa ogni qual volta l'esercizio del diritto possa prevedibilmente o solo potenzialmente generare un possibile pregiudizio sul luogo di lavoro. Nel caso di specie, nel quale, come si vedrà, si controverte sull'obbligatorietà del datore di lavoro di tenere un registro delle ore di lavoro svolte dai propri dipendenti, appare evidente che in assenza di tale obbligo il lavoratore possa comunque provare la lesione del proprio diritto al riposo giornaliero o settimanale, ma anche che il lavoratore potrebbe incontrare difficoltà o remore ad esercitare azioni contro il datore di lavoro.

Su altro piano, la sentenza deve essere segnalata per la conferma della libertà degli Stati membri di trasporre il contenuto delle direttive in maniera discrezionale e

rispondente al proprio sistema giuridico; libertà che, tuttavia, non può frustrare l'effetto utile della normativa europea, con l'adozione di una disciplina che non assicuri lo *standard* di tutela previsto nella norma trasposta; cosicché anche in materia di diritti fondamentali la sovranità interna va subendo processi di complessificazione derivante anche da fonti esterne (in argomento v. M. Bignami, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, 4/2017. Sul problema generale del metodo della comparazione in rapporto alla scienza della complessità v. R. Scarciglia, *Scienza della complessità e comparazione giuridica nell'età dell'asimmetria*, in *DPCE*, n. speciale, 2019, 701 ss.). Nel caso di specie, in ottica comparata, l'effetto della presente decisione sarà quello di rendere necessaria un'uniformazione della legislazione degli Stati membri in materia, affinché il diritto fondamentale al riposo giornaliero e settimanale venga dotato di effettività.

In questo contesto la Corte, peraltro, rimarca che tale obbligo non grava esclusivamente sugli organi legislativi, ma altresì sugli organi giurisdizionali che sono tenuti ad interpretare, quando possibile, la normativa nazionale in modo conforme al diritto europeo (sui poteri di intervento diretto del giudice comune nel caso in cui la norma nazionale violi contemporaneamente la Carta costituzionale italiana e la Carta di Nizza v. Corte cost, sent. 269/17 e sent. 20/2019). A questo proposito, l'obbligo di provvedere ad un'interpretazione della legislazione nazionale conforme al diritto europeo, a giudizio della Corte, include l'obbligo, in caso ciò si renda necessario, di modificare una giurisprudenza consolidata che delinea un'interpretazione contraria agli scopi di una direttiva (in senso conforme si veda Corte di giustizia, sent. del 19 aprile 2016, *DI*, C-441/14; sent. del 17 aprile 2018, *Egenberger*, C-414/16; sent. del 11 settembre 2018, *IR*, C-68/17).

2260

2. – In effetti, la questione che ci occupa trae la sua origine da un contrasto giurisprudenziale tra la *Audiencia Nacional* (Corte centrale, Spagna) e il *Tribunal Supremo* (Corte suprema, Spagna) sull'interpretazione del diritto interno concernente gli eventuali obblighi del datore di lavoro di registrazione degli orari di lavoro dei propri dipendenti alla luce del diritto europeo, costituito principalmente dalla direttiva 83/391, dalla direttiva 2003/88, e dall'art.31, comma 2, della Carta di Nizza.

Nello specifico è, dunque, il giudice di rango inferiore, l'*Audiencia Nacional* che lamenta la lesione del diritto europeo derivante dall'interpretazione data del diritto nazionale spagnolo dal *Tribunal Supremo*. Di talchè, l'oggetto del rinvio investe la normativa nazionale in maniera riflessa, ossia nella sua interpretazione consolidata nella giurisprudenza superiore. Una questione, che avrebbe dunque potuto essere risolta direttamente dal giudice nazionale adottando un'interpretazione rispettosa dei principi e delle prescrizioni provenienti dal diritto europeo.

Nel contesto del sistema di protezione nazionale e sovranazionale di un congruo orario di lavoro, che pare adeguatamente riconosciuto nel diritto spagnolo ove parametrato agli *standard* europei sopra richiamati, la vicenda si rivolge, così, ai sistemi di controllo del rispetto della normativa posta a tutela del lavoratore ordinario.

Infatti, l'art.34 del Regio decreto legislativo 2/2015 prevede un orario settimanale massimo di 40 ore settimanali laddove l'art.6, lettera b) della direttiva 2003/88 dispone che la durata media per ogni periodo di lavoro di sette giorni non può superare le 48 ore, comprese le ore di lavoro straordinario; l'art. 34, comma 3, della su richiamata norma nazionale prevede che tra un turno di lavoro e l'altro debba essere assicurato un periodo di riposo di dodici ore, mentre l'art 3 della direttiva di riferimento impone un periodo di riposo minimo giornaliero di 11 ore.

Le questioni proposte alla Corte riguardano allora, come detto, il meccanismo di controllo del rispetto delle anzidette prescrizioni sulla durata dell'orario di lavoro,

appunto contenute nello *Statuto de los Trabajadores* (Statuto dei lavoratori), nella versione di cui al regio decreto legislativo 2/15, da parte dei datori di lavoro. Tale normativa si occupa, all'art.34 dell'orario di lavoro, e all'art.35 del lavoro straordinario, imponendo, come detto, il rispetto di condizioni di salvaguardia del lavoratore subordinato del tutto compatibili con le omologhe norme europee.

Cosicché, la controversia principale, innescata da un ricorso collettivo di un sindacato di lavoratori, il CCOO, contro la *Deutsche Bank*, mira a far dichiarare al giudice l'obbligo per il datore di lavoro di tenere un sistema di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero dei propri dipendenti che consenta di verificare il rispetto delle norme dello Statuto dei lavoratori e di inviare precise informazioni sul lavoro straordinario svolto mensilmente dai dipendenti alle associazioni sindacali.

L'art.11, paragrafo 3, della direttiva 89/391 assicura, infatti, che "*i rappresentanti dei lavoratori i quali hanno una funzione specifica in materia di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori hanno il diritto di chiedere al datore di lavoro di prendere misure adeguate e di presentargli proposte in tal senso, per ridurre qualsiasi rischio per i lavoratori e/o eliminare le cause di pericolo*". In tal modo, nell'ambito del diritto europeo, viene pienamente riconosciuta la funzione di garanzia ricoperta dalle associazioni sindacali a favore della parte debole del rapporto di lavoro. Una garanzia che è posta a tutela non di specifiche categorie di lavoratori ma in via generale, in quanto l'art.16, paragrafo 3, della medesima direttiva afferma che "*le disposizioni della presente direttiva si applicano interamente all'insieme dei settori contemplati dalle direttive particolari*".

Tali disposizioni, nel caso di specie, divengono particolarmente rilevanti quale discriminazione per decidere sull'obbligatorietà o meno di predisporre un sistema di registrazione dell'orario di lavoro. Proprio il riconoscimento di una potestà di intervento e controllo in capo alle associazioni sindacali, autonomo rispetto a quello del lavoratore, giustifica, infatti, una generalizzazione dell'obbligo di registrazione dell'orario di lavoro una volta che sia dimostrato che, in carenza di tale previsione, tali associazioni risulterebbero di fatto private delle informazioni utili a svolgere il proprio ruolo in difesa del lavoratore.

Nella sostanza, dunque, si afferma che l'effettività della norma richiede l'instaurazione di un sistema di raccolta delle informazioni sull'orario di lavoro giornaliero svolto dai dipendenti che consenta di verificare il rispetto dei diritti sanciti a tutela dei lavoratori, stante anche l'evidente connessione tra orario di lavoro ordinario effettuato e ore di lavoro straordinario che, in carenza della prima informazione, potrebbero essere calcolate arbitrariamente (o, addirittura, non calcolate) da parte del datore di lavoro.

Siffatto problema origina principalmente dall'ambiguità della norma nazionale che, in effetti, richiede la tenuta di un registro solo all'art.35, ossia solo rispetto alle ore di lavoro straordinario, e non anche relativamente al lavoro ordinario come invece disposto esplicitamente nel caso "*dei lavoratori a tempo parziale e dei lavoratori mobili, della marina mercantile o ferroviari*".

Ciononostante, l'*Audiencia Nacional*, anche in considerazione della mancata conformazione della *Deutsche Bank* alla richiesta di adottare un sistema di registrazione impostole dall'*Inspección de Trabajo y Seguridad Social de las provincias de Madrid y Navarra*, conclude che il sistema di registrazione costituisca, nella sostanza, un obbligo implicito del datore di lavoro poichè in caso contrario l'effettività delle norme in questione subirebbero un profondo ridimensionamento. Infatti, se è pur vero che il lavoratore potrebbe dimostrare con ogni mezzo di prova l'effettivo orario di lavoro svolto, tale garanzia sembra insufficiente per lo squilibrio tra le parti e, appunto, in conseguenza del *metus* che il datore di lavoro potrebbe incutere direttamente o indirettamente sui propri dipendenti.

La necessità di rivolgere particolare attenzione a tale aspetto emerge da una non chiara previsione normativa in proposito che si riscontra tanto nel diritto nazionale che

in quello europeo. In particolare, come visto, l'obbligo della tenuta del registro è disposto nell'art.35 del Regio decreto 2/2015 che riguarda il lavoro straordinario, ma non nell'art.34 che disciplina l'orario di lavoro ordinario. Invero, in sede ermeneutica, si deve rilevare come l'art.35, in effetti, potrebbe anche essere interpretato nel senso di dare per presupposto che il datore di lavoro sia tenuto a registrare l'orario di lavoro di ogni singolo lavoratore anche se strumentalmente al successivo calcolo del lavoro straordinario; infatti, a questo proposito, non si vede come si possa verificare quale sia la parte della prestazione lavorativa riferibile allo straordinario se non venga dato conto, attraverso un meccanismo di annotazione, dell'intera durata della giornata lavorativa.

L'art.22, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2003/88 menziona l'obbligatorietà della tenuta di un registro delle ore di lavoro, ma nel solo caso in cui si intenda, con il consenso del lavoratore, derogare alle prescrizioni contenute nella direttiva.

In questo quadro, che determina in effetti una qualche incertezza, l'*Audiencia Nacional*, propensa a considerare come obbligatoria la tenuta del registro dell'orario di lavoro da parte del datore di lavoro, si trova a constatare che esiste una giurisprudenza diametralmente opposta del *Tribunal Supremo* (sentenze n.246/2017 del 23 marzo 2017, e 338/2017 del 20 aprile 2017) che, basandosi su una interpretazione letterale del diritto interno, ritiene che siffatto obbligo non sussista.

Esplicitando la propria posizione, l'*Audiencia Nacional* osserva che la posizione del *Tribunal Supremo* si fonda, appunto, sul fatto che l'art.34 dello Statuto dei lavoratori non prevede la tenuta di un registro; che in altre ipotesi la normativa spagnola ha esplicitamente previsto un obbligo del genere gravante sul datore di lavoro, e dunque *ubi noluit lex tacuit*; che lo stesso diritto europeo, che abbiamo appena richiamato, all'art.22 della direttiva 2003/88 prevede l'obbligo in parola sono in una determinata ipotesi e non per l'orario di lavoro ordinario; che la tenuta del registro potrebbe addirittura presentare problemi di compatibilità con il diritto alla *privacy* dei lavoratori; che la mancata tenuta del registro non realizza una chiara e manifesta violazione delle norme di protezione sociale; che, comunque, il lavoratore potrebbe provare in altro modo l'orario di lavoro effettivamente svolto.

3. – Di contrario avviso, l'*Audiencia Nacional* si rivolge, dunque, alla Corte di giustizia, per contestare che l'interpretazione della normativa nazionale offerta dal *Tribunal Supremo* non sembra garantire un livello adeguato di tutela dei lavoratori rispetto agli *standard* imposti dal diritto europeo. Una questione interessante e rilevante anche sul piano del diritto comparato dal momento che uno specifico obbligo di registrazione dell'orario di lavoro dei propri dipendenti non è previsto nella legislazione di settore di molti Stati membri, compresa l'Italia.

Le questioni pregiudiziali rivolte dall'*Audiencia Nacional* alla Corte di giustizia riguardano, dunque, la conformità degli art.34 e 35 dello Statuto dei lavoratori spagnolo, per come interpretato dalla giurisprudenza nazionale consolidata, agli artt. 3, 5, e 6 della direttiva 2003/88, ed in particolare per chiederle se risultino effettivamente garantiti i limiti di durata dell'orario di lavoro e il riposo settimanale e giornaliero; se l'art. 31, paragrafo 2, della Carta di Nizza, e gli art.3, 5, 6, 16, e 22 della direttiva 2003/88 ostino ad un'interpretazione giurisprudenziale degli artt. 34 e 35 dello Statuto dei lavoratori spagnolo che non preveda l'obbligatorietà di un sistema di registrazione dell'orario di lavoro; ed, in particolare, e significativamente, se l'ingiunzione perentoria agli Stati membri contenuta nell'art.31, paragrafo 2, della Carta di Nizza di limitare l'orario di lavoro dei lavoratori comuni sia effettivamente assolta dalla normativa interna così come interpretata dalla giurisprudenza spagnola.

4. – Le questioni così emarginate vengono esaminate congiuntamente dalla Corte di

giustizia che individua un *fil rouge* nella supposta necessità, insita nelle questioni poste dal giudice rimettente, di considerare come obbligatorio un sistema di registrazione dell'orario di lavoro da parte dei datori di lavoro al fine di realizzare l'effettività del diritto al riposo del lavoratore comune, tutelato dal diritto europeo.

Nel risolvere unitariamente i quesiti la Corte, come ormai da consolidata tradizione giurisprudenziale, riconosce il particolare *status* della Carta di Nizza, valorizzando il fatto che il diritto in questione sia, appunto, riconosciuto nella stessa come diritto fondamentale dell'Unione europea.

E' proprio in ragione del riconoscimento "costituzionale" del diritto in questione, consistente nella limitazione dell'orario di lavoro e nella conseguente tutela del diritto al riposo settimanale e giornaliero del lavoratore, che la Corte si spinge ad affermare che le norme poste a suo presidio dalla direttiva 2003/88 non possono essere interpretate in senso restrittivo.

Ne consegue che, sebbene gli Stati membri siano liberi di determinare le modalità di raggiungimento degli obiettivi fissati nella direttiva in esame, la disciplina che la traspone deve garantire l'effetto utile della normativa europea, ossia il raggiungimento effettivo delle prescrizioni che essa contiene. Viceversa, pare evidente che una normativa nazionale inefficace a questo scopo deve considerarsi contraria al diritto europeo.

Partendo da quest'ottica, la Corte riafferma che il lavoratore deve essere considerato la parte debole del rapporto e che, quindi, ogni procedura che dovesse comportare l'attivazione dello stesso contro il datore di lavoro, o di altri lavoratori chiamati a testimoniare contro quest'ultimo, al fine di vedere tutelati i propri diritti potrebbe risultare inefficace rispetto agli obiettivi fissati nella direttiva.

Le conclusioni che la Corte fa discendere da questo assunto sono diametralmente opposte da quelle del *Tribunal Supremo* spagnolo in quanto, a giudizio della prima, in assenza di un obbligo di registrazione dell'orario di lavoro "*risulta eccessivamente difficile per i lavoratori, se non impossibile in pratica, far rispettare i diritti ad essi conferiti dall'art.31, paragrafo della Carta e dalla direttiva 2003/88*" (punti 48, 51, 53, 54, 55, 56). Tanto più che che, a questo proposito, si deve rilevare che la tutela del diritto fondamentale in discorso non è, nel diritto europeo, subordinato (solamente) all'attivazione dell'interessato, proprio perchè questi, come appena visto, potrebbe trovarsi nelle condizioni di non poterlo esercitare. Si è già ricordato che le associazioni sindacali, ad esempio, e l'origine della controversia in commento lo dimostra, detengono uno specifico potere di attivazione in difesa del lavoratore; inoltre la Corte ricorda come anche gli organi nazionali di controllo (es. ispettorati del lavoro) dispongono di poteri di indagine e sanzionatori nei confronti del datore di lavoro (punto 57). Tuttavia, l'intervento di tutti questi soggetti risulterebbe assai complicato in assenza di dati affidabili ed oggettivi quali la tenuta di un sistema di registrazione dell'orario di lavoro (cfr. CGUE, sent. 30 maggio 2013, *Worten*, C-342/12, punto 37).

Il rispetto delle puntuali prescrizioni contenute nella direttiva 2003/88, che riguardano la durata massima settimanale di lavoro, le ore massime di lavoro straordinario, i periodi minimi di riposo giornaliero e settimanali, può, infatti, essere verificato solo avendo a disposizione un riscontro oggettivo ed affidabile del numero delle ore di lavoro giornaliero e settimanali svolte da ogni singolo lavoratore (punto 49).

Le normative nazionali che non prevedono un meccanismo di tal genere, a giudizio della Corte, non permettono pertanto il raggiungimento dell'effetto utile della direttiva, perchè privano i lavoratori e le associazioni di categoria dello strumento che consentirebbe l'affermazione e la tutela effettiva del diritto al riposo giornaliero e settimanale; e privano anche il datore di lavoro della possibilità di verificare che la propria azienda stia assolvendo agli obblighi che le sono imposti.

Nè il complesso di prescrizioni riguardanti la limitazione dell'orario di lavoro,

contenuto nella direttiva 2003/88, può essere considerato assolto con la semplice registrazione delle sole ore di lavoro straordinario. In aggiunta a ciò, come detto, risulta assai arduo riconoscere come ore di lavoro straordinario alcuni segmenti dell'attività lavorativa se non viene indicato il corrispondente numero di ore di lavoro ordinario.

Dunque, il livello di tutela appropriato del diritto fondamentale europeo ad un equo orario di lavoro presuppone l'obbligo di tenuta di un sistema di registrazione non solo in casi particolari (es. lavoro straordinario) o per particolari categorie di lavoratori, ma per tutti i lavoratori.

5. – In definitiva, la sentenza in parola con cui la Corte, come non di rado avviene, riconosce, anche sulla base della Carta di Nizza, una tutela di un diritto sociale fondamentale più avanzata di quella prevista nello Stato membro, poichè generalizza l'obbligo di registrazione dell'orario di lavoro, sembra destinata a produrre un evidente carico di obblighi aggiuntivi sui datori di lavoro degli Stati membri, per lo più versanti nelle medesime condizioni di *Deutsche Bank SAE*. Nel momento in cui l'obbligo di registrazione dell'orario di lavoro viene dichiarato strumentale alla protezione del diritto fondamentale europeo al riposo del lavoratore, ne consegue, infatti, la sua attrazione tra quelle prescrizioni minime che gli Stati membri devono osservare per una corretta trasposizione della direttiva nel diritto interno (Corte di giustizia, sent. del 26 giugno 2001, *BECTU*, cit.; sent. del 10 settembre 2015, *Federación de Servicios Privado del sindicato Comisiones obreras*, C-266/14; sent. del 20 novembre 2018, *Sindicatul Familia Constanța e a.*, C-147/17).

Il che non è privo di implicazioni visto che, anche se la questione non è stata specificamente oggetto della decisione in parola, la predisposizione di un sistema di registrazione dell'orario di lavoro comporta evidenti costi che ricadranno sul datore di lavoro, con maggiore aggravio per le imprese medio piccole.

2264

Invero, sul punto, la Corte richiama il principio della non bilanciabilità della tutela dei diritti fondamentali con esigenze di tipo meramente economico, che non possono appunto comportare il sacrificio del diritto. Sul piano legislativo, del resto, è la stessa direttiva 2003/88, al considerando 4, a sancire che "*la protezione efficace della sicurezza e della salute dei lavoratori non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico*" (punto 66. Cfr., in senso conforme, Corte di giustizia, sent. del 26 giugno 2001, *BECTU*, C-173/99; e sent. del 9 settembre 2003, *Jaeger*, C-151/02). La generalizzazione dell'obbligo di registrazione dell'orario di lavoro, da questo punto di vista, porterebbe un vantaggio aggiuntivo per il lavoratore perchè diminuirebbe la possibilità di eludere l'effettivo pagamento del lavoro straordinario.

In ottica comparata, deve osservarsi che la legislazione italiana di recepimento della direttiva 2003/88, al pari di quella spagnola (e degli altri Stati membri), non prevede l'obbligo di registrazione dell'orario di lavoro. L'art. 5 del dlgs 66/2003, in maniera alquanto scarna, prevede esclusivamente che il lavoro straordinario debba essere computato separatamente.

Sul piano pratico, l'obbligo di registrazione dell'orario di lavoro che, a questo punto, riguarda tutti gli Stati membri, risultando direttamente connesso all'attuazione del diritto fondamentale al riposo giornaliero e settimanale del lavoratore, riconosciuto e protetto in ambito europeo, pone alcune questioni ulteriori.

Innanzitutto, nonostante che la Corte di giustizia ricordi che possa essere lo stesso giudice interno a desumere l'obbligo di registrazione attraverso un'interpretazione della legge conforme al diritto europeo, pare opportuno che gli Stati membri provvedano con una previsione legislativa, soprattutto per questioni di uniformità ed organizzazione.

Tutto ciò sembra, peraltro, favorito dall'avvento dell'era digitale e dalle nuove possibilità che essa dischiude.



E, tuttavia, non possono essere trascurate alcune insidie.

Tra queste, la trasformazione del mondo del lavoro in cui, ad esempio, lo spazio fisico aziendale e la presenza del lavoratore sul luogo di lavoro sono spesso sostituiti da forme alternative di esercizio della prestazione lavorativa che potrebbero comportare difficoltà oggettive di misurazione. Di conseguenza, le deroghe pur previste per la peculiarità dell'attività lavorativa svolta – ad esempio dall'art.17, paragrafo 1, della direttiva 2033/88 per i dirigenti, la manodopera familiare, per il settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose, appaiono del tutto insufficienti a cogliere la complessità attuale del mercato del lavoro.

Inoltre, il problema della *privacy* del lavoratore, evocato forse strumentalmente da *Deutsche bank* nelle proprie difese, merita comunque di essere affrontato proprio in conseguenza di quelle stesse possibilità che l'era digitale oggi consente, affinché la volontà di tutelare il lavoratore non si risolva, anche involontariamente, in forme di controllo lesive della dignità e di altri diritti fondamentali del lavoratore tutelati dal diritto nazionale ed europeo.



## La rilevanza di una clausola di *disclaimer* nella valutazione del rischio di confusione di un marchio con uno registrato anteriormente.

di Cristina Ottonello

**Title:** The relevance of a disclaimer clause in the analysis of the likelihood of confusion of a trade mark with one earlier registered.

**Keywords:** disclaimer clause - likelihood of confusion - earlier trade mark registered.

1. – Con sentenza pronunciata il 12 giugno 2019 (causa C-705/17, Patent och registreringsverket v. Mats Hansson) la Corte di Giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale, proposto dalla Corte d'Appello di Stoccolma, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 4, paragrafo 1, lettera b) della Direttiva 2008/95/CE, del Parlamento e del Consiglio europeo, sul riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi di impresa.

La questione ha tratto origine dalla controversia sorta tra il Patent och registreringsverket e il sig. Hansson relativamente al diniego di registrazione, come marchio nazionale, del segno denominativo '*Roslagsöl*'.

Nel 2007, infatti, la società Norrtelje Brenneri Aktiebolag aveva ottenuto la registrazione, per le bevande alcoliche rientranti nella classe 33, cui all'Accordo di Nizza del 15 giugno 1957, del marchio denominativo e figurativo '*RoslagsPunsch*'.

Tale registrazione era, tuttavia, limitata da una clausola di *disclaimer* con cui si precisava che tale forma di tutela non attribuiva all'istante un diritto esclusivo sul termine '*RoslagsPunsch*', dal momento che quest'ultimo vocabolo rimandava ad una Regione della Svezia ed il vocabolo '*Punsch*' descriveva uno dei prodotti interessati da tale registrazione.

Con domanda del 16 dicembre 2015, il sig. Hansson si è rivolto all'Ufficio per la proprietà intellettuale svedese chiedendo, per le bevande analcoliche e le birre, prodotti facenti parte della classe 32 dell'accordo di Nizza del 15 giugno 1957, la registrazione del segno denominativo '*Roslagsöl*'.

Nel luglio del 2016, l'Ufficio per la proprietà intellettuale svedese ha respinto tale domanda ritenendo che vi fosse un rischio di confusione tra il segno per cui si chiedeva tutela ed il marchio anteriormente registrato dalla Norrtelje Brenneri Aktiebolag, dal momento che, in entrambi i casi, il vocabolo '*Roslags*' costituiva un elemento dominante dei due segni e che questi ultimi atenevano a prodotti simili, destinati alla commercializzazione attraverso i medesimi circuiti di vendita.

Il sig. Hansson ha proposto ricorso al Tribunale della proprietà intellettuale e degli affari economici svedese sostenendo, da un lato, la mancanza di qualsiasi pericolo

di confusione tra i due segni e, dall'altra, l'assenza di carattere distintivo di un elemento del marchio che era stato escluso dalla tutela attraverso una clausola di *disclaimer*. Il giudice di merito svedese ha accolto la domanda del ricorrente affermando l'assenza di un rischio di confusione anche alla luce della mutata prassi dell'Ufficio per la proprietà svedese che aveva riconosciuto carattere distintivo e, dunque, la loro registrabilità, ai nomi geografici come '*Roslags*'.

La Corte d'Appello, presso cui l'Ufficio per la proprietà intellettuale svedese aveva impugnato la sentenza, preso atto del fatto che la giurisprudenza nazionale non era uniforme sul valore da attribuire alle clausole di *disclaimer* nella valutazione del carattere confusorio di un marchio e della sua registrabilità, ha proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Le tre questioni formulate, valutate congiuntamente dalla Corte, hanno riguardato l'articolo 4, paragrafo 1, lettera b) della Direttiva 2008/95 CE, ed in particolare, se la citata disposizione dovesse essere interpretata nel senso che, nella valutazione complessiva dei fattori rilevanti al fine di accertare il rischio di confusione con un marchio anteriormente registrato, potesse incidere la circostanza che un elemento del segno distintivo fosse stato espressamente escluso dalla registrazione per la presenza di una clausola di *disclaimer*. Nel caso di risposta affermativa al quesito, il giudice d'appello svedese ha, altresì, domandato alla Corte di Giustizia dell'Unione europea se alla clausola di *disclaimer*, ai fini della citata valutazione, dovesse essere attribuita una rilevanza più limitata, escludendone il carattere distintivo, oppure, la stessa potesse influire pienamente nel giudizio complessivo.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, dopo aver osservato come nella normativa comunitaria non vi sia una disposizione che precisi gli effetti di una clausola di *disclaimer* sull'esame del rischio di confusione con un marchio anteriore registrato, ha rammentato come quest'ultima valutazione debba essere effettuata complessivamente, tenendo in considerazione tutti gli elementi pertinenti al singolo caso, dal momento che il pericolo di confusione può essere ingenerato da numerosi fattori, tra i quali la notorietà del marchio nel mercato e la somiglianza tra quest'ultimo e i prodotti designati, così che un debole grado di identità tra i beni può trovare compensazione in un elevato grado di somiglianza tra i marchi e, viceversa.

Al contrario, nell'ipotesi in cui la valutazione non fosse complessiva, verrebbero contraddette le finalità perseguite dalla Direttiva 2008/95/CE, volte a garantire che l'acquisizione del diritto sul marchio registrato sia soggetta alle stesse condizioni in tutti gli Stati membri.

In ragione di quanto premesso, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affermato che sarebbe incompatibile con la Direttiva 2008/95/CE una clausola di *disclaimer* che escluda totalmente, o anche solo parzialmente, un elemento del marchio, oggetto della citata clausola, dai fatti valutabili ai fini dell'esistenza del rischio di confusione del marchio o del segno ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera b) della predetta Direttiva.

Tale conclusione appare in linea con la pregressa giurisprudenza della Corte sia con riferimento alla valutazione del carattere distintivo di un marchio complesso anteriore sia con riguardo all'efficacia della clausola di *disclaimer*.

Nel primo caso, una decisione significativa è la *Bimbo/UAM* (causa C-591/12), originatasi a seguito del ricorso promosso dalla Panrico SA avverso la Bimbo, la quale aveva chiesto la registrazione del marchio denominato '*Bimbo doughnuts*'.

La Panrico SA si era opposta a tale registrazione sostenendo che il citato segno distintivo era già presente su diversi prodotti sia a livello nazionale che internazionale.

La Corte, dopo aver rammentato come la valutazione della somiglianza tra i segni in conflitto non possa limitarsi ad una sola componente di un marchio complesso, ha respinto la domanda di registrazione della Bimbo sostenendo che il vocabolo '*doughnuts*', anche laddove il termine 'Bimbo' avesse occupato una porzione dominante ed autonoma

nel marchio, non era trascurabile nell'impressione generale prodotta da tale segno distintivo e, pertanto, doveva essere tenuto in considerazione nel giudizio globale sul rischio di confusione.

Infine, con riferimento all'efficacia della clausola di *disclaimer* nella valutazione da effettuarsi sulla registrabilità del marchio, la Corte, nella decisione in esame, ha ampliato concetti già formulati nella sentenza *Sabel BV v. Puma AG, Rudolf Dassler Sport* (causa C-251/95 ) e nell'ordinanza *L'Oreal/UAMI* del 27.04.2006, in cui aveva affermato come il titolare di un marchio complesso non potesse rivendicare un diritto esclusivo soltanto su un elemento di quest'ultimo, dovendosi valutare anche gli altri fattori presenti nella singola fattispecie, a prescindere dal fatto che questi fossero, o meno, oggetto di una clausola di *disclaimer* prevista dal diritto nazionale.



## Il diritto europeo degli appalti e i contratti esclusi: il caso dei servizi legali affidati all'esterno dalle PPA

di Laura Uccello Barretta

**Title:** The European Law of Public Procurement and the Excluded Contracts: the Case of the Legal Services given by Public Administrations

**Keywords:** Public Procurement, Exclusions, Legal Services.

1. – Con la sentenza 6 giugno 2019, emessa all'esito del giudizio C-264/18, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (da ora in avanti, CGUE) si è pronunciata in merito ad una questione pregiudiziale posta dalla Corte costituzionale belga, in relazione alla validità dell'art. 10 lett. c) e d) nn. i), ii), v) della direttiva 2014/24/UE in tema di aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari: si tratta della disposizione che elenca alcuni servizi legali, di arbitrato e di conciliazione, determinandone l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva medesima.

In particolare, la Corte costituzionale belga era stata investita da un ricorso di annullamento delle norme del codice degli appalti belga che hanno trasposto le previsioni della direttiva appena richiamate; la legge belga sugli appalti pubblici (*Moniteur belge* del 14 luglio 2016) dispone infatti che, in relazione ai servizi di arbitrato e conciliazione, alle ipotesi di rappresentanza legale da parte di un avvocato in un arbitrato/conciliazione o in un procedimento giudiziario, e ai servizi legali connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri, il Re possa stabilire le norme di aggiudicazione, trattandosi di contratti che non sono oggetto di applicazione del codice appalti.

Il motivo di contestazione risiede nella circostanza che tale regolamentazione – ad opinione dei ricorrenti – determinerebbe una differenza di trattamento ingiustificata tra i servizi legali esclusi e le altre tipologie di servizi, queste ricadenti nell'ambito di applicazione della direttiva appalti.

Il Giudice del rinvio ha ritenuto di dover investire la CGUE in merito alla compatibilità tra detta esclusione e, nell'ordine, il principio di sussidiarietà, i principi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE e, da ultimo, il principio, appunto, della parità di trattamento.

La *quaestio juris* sottoposta al sindacato dell'autorità giurisdizionale europea è, dunque, se tale esclusione non sia suscettibile di pregiudicare la realizzazione degli obiettivi di piena concorrenza, di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento.

Si anticipa sin da ora che la sentenza in commento ha concluso nel senso della piena validità della normativa europea, snodandosi attraverso argomentazioni specifiche per ciascun profilo contestato.

2. – Occorre notare da subito, quale elemento di criticità, come la Corte abbia concentrato la propria attenzione principalmente sul tema del possibile contrasto tra l'esclusione dei servizi legali dalla disciplina dettata dalla direttiva appalti e il principio di parità di trattamento.

Con riferimento al dubbio di compatibilità tra quest'ultima e il principio di sussidiarietà, invece, così come in relazione al rapporto tra l'esclusione e gli articoli 49 e 56 TFUE, la Corte europea non ha svolto un'indagine approfondita, limitandosi ad affermazioni tautologiche e piuttosto sintetiche, attraverso il mero richiamo a propri precedenti.

Con riguardo al principio di sussidiarietà il Giudice, dopo averne enunciato la definizione, si è limitato ad affermare che la circostanza che il legislatore europeo si sia determinato nel senso dell'esclusione costituisca già espressione del fatto che la scelta di includere o meno tali servizi nel campo di applicazione della normativa sugli appalti dovesse essere lasciata ai legislatori nazionali.

È evidente che una simile argomentazione si risolve in una mera tautologia.

Non vi è alcuna analisi critica e ragionata delle motivazioni che hanno condotto l'Unione europea a ritenere che, in materia di servizi legali, non fosse necessaria un'armonizzazione europea e che, dunque, le libertà espresse dal Trattato fossero comunque assicurate in tale settore.

Tale *modus* di argomentare appare anche in controtendenza rispetto all'orientamento giurisprudenziale più recente: infatti, come è stato rilevato in dottrina, sembrerebbe potersi riscontrare un'evoluzione nelle argomentazioni della CGUE in merito al principio di sussidiarietà negli ultimi anni, ove, ad un'assenza tendenziale di effettivo controllo della Corte sulla reale "sufficienza" dell'azione degli Stati membri in un determinato settore, si sarebbe sostituito – a partire dai primi anni 2000 - un sindacato pieno ed effettivo (si veda, in questi termini, BOCCHINI F., *La sussidiarietà tra asimmetrie giudiziali e asimmetria sostanziali della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Nomos*, n. 1/2018). Caratteristica, questa, che non si ritrova nel caso di specie.

Con riguardo alle libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento, poi, la CGUE addirittura, dopo aver richiamato – stavolta – le finalità dei due principi, da ravvisare nell'eliminazione degli ostacoli all'offerta di beni e servizi alle amministrazioni aggiudicatrici dei diversi Paesi membri, si è limitata ad affermare che non possa dirsi che l'esclusione in parola determini una violazione delle libertà garantite dai Trattati, senza alcuna riflessione ulteriore.

In relazione a questi due punti, quindi, la pronuncia in commento appare quantomeno criticabile, poiché trascura di indagare in modo sostanziale l'impatto della scelta legislativa sull'obiettivo di pieno rispetto del principio di sussidiarietà e di piena realizzazione delle libertà fondamentali.

3. – È invece sul principio di parità di trattamento che la CGUE si sofferma in modo più analitico al fine di verificare la correttezza dell'esclusione dei servizi in parola dal campo di applicazione della direttiva appalti, contribuendo a chiarire ed esplicitare la *ratio* di tale esclusione.

La Corte ha in prima battuta chiarito quale significato debba essere attribuito al principio della parità di trattamento, ossia il dovere di trattare situazioni analoghe in maniera analoga e situazioni differenti in modo differente, a meno che non vi sia un'obiettivo giustificazione che richieda di discostarsi da questa regola.



Ha proseguito poi precisando che tale valutazione non può prescindere dalla valorizzazione degli elementi di analogia e diversità che le situazioni concrete assoggettate al giudizio comparativo presentano, oltre che alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'atto che determina il (differente o analogo) trattamento nonché i principi e gli obiettivi del settore in questione.

Con riferimento al caso di specie, la legittimità dell'esclusione dei servizi legali dalla disciplina europea in materia di appalti viene sancita attraverso una valorizzazione delle peculiarità che connotano tale tipologia di servizi.

Per ciascuna delle tre sotto-tipologie – servizi di arbitrato e conciliazione, incarichi difensivi in favore di avvocati e servizi di consulenza agli amministratori pubblici - il Giudice ha posto in evidenza tali aspetti di specialità.

Con riferimento ad arbitri e conciliatori, è stato condivisibilmente chiarito come gli arbitri e i conciliatori debbano essere sempre accettati da tutte le parti in controversia, per cui non vi sarebbe la possibilità per la stazione appaltante di imporre alla propria controparte l'aggiudicatario del servizio.

Riguardo agli avvocati, il Giudice europeo ha ritenuto di valorizzare la natura del rapporto tra avvocato e cliente, fondato sull'*intuitu personae*; in questo modo, ha voluto preservare il diritto di difesa dei singoli nonché la possibilità di scegliere un difensore in piena libertà. Obiettivi, questi, che potrebbero essere compromessi dall'obbligo di predeterminare le condizioni di attribuzione dell'incarico.

Infine – ha concluso la CGUE – i servizi legali legati alle attività che partecipano, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri presentano, quale elemento di peculiarità, la strumentalità rispetto agli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche.

Sulla base di tali elementi di specificità, è giustificata la loro esclusione dalla direttiva appalti.

Ciò che appare particolarmente apprezzabile di tale analisi è l'aver evidenziato quale sia la vera *ratio* posta alla base dell'esclusione: aver chiaro tale aspetto, infatti, consente non solo di attribuire il corretto significato alla normativa europea e verificarne la legittimità ma anche di valutare la coerenza rispetto a tale *ratio* delle varie discipline nazionali così come di utilizzare tale elemento quale ausilio per fornire di queste ultime la corretta esegesi.

2273

4. – Occorre tuttavia rimarcare che, se da un lato l'esplicitazione della *ratio* a fondamento della scelta legislativa consente di meglio comprendere le ragioni di quest'ultima e può fungere da canone interpretativo della disciplina UE e delle regolamentazioni nazionali, dall'altro, come già detto, l'analisi superficiale circa la reale idoneità della legislazione nazionale ad assicurare comunque il rispetto dei principi europei e delle libertà fondamentali non consente alcuna valutazione di ordine sostanziale in relazione all'assenza di una disciplina europea unitaria per questo tipo di servizi.

Sotto tale profilo, si ritiene che lo scarso grado di approfondimento delle argomentazioni pretorie in relazione all'adeguatezza dell'assenza di una disciplina europea in materia possa costituire per le istituzioni europee deputate all'attività legislativa un "allarme" che induca loro a valutare, questa volta in modo puntuale e sostanziale, la reale condivisibilità della scelta operata in precedenza.

In altri termini, una scarsa argomentazione in punto di diritto da parte della Corte di Giustizia potrebbe essere il sintomo dell'inesistenza di una solida motivazione posta a fondamento dell'esclusione; circostanza, questa, che merita di essere indagata.

Da un altro angolo prospettico, poi, al netto delle perplessità sopra espresse in relazione all'esclusione, pare opportuno svolgere alcune riflessioni in merito al regime

giuridico previsto, appunto, per i contratti esclusi, con particolare attenzione alla sua applicazione al campo dei servizi legali.

E' noto che, a partire dalla sentenza *Telaustria* (CGCE, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, per un commento si vedano TROIZIER A., *Droit communautaire des concessions: Un pas décisif vers la mise en concurrence européenne. Petites affiches*, in *La Loi/Le Quotidien juridique*, 2001, n. 85, pp. 13-17; DISCHENDORFER M., *Service Concessions Under the E.C. Procurement Directives: A Note on the Telaustria Case*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, pp. NA57-NA63; FERRONI M.V., *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il Corriere Giuridico*, 2001, pp. 494-505), è stato fissato il principio per cui anche i contratti esclusi dal campo di applicazione della normativa europea in materia di appalti debbano comunque rispettare “i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare”.

Sulla scia di tale filone giurisprudenziale, ancora oggi attuale, è stata adottata la “Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici” (G.U.U.E. 1 agosto 2006, n. C 179), la quale impone il rispetto dei principi della libera circolazione delle merci, del diritto di stabilimento, della libera prestazione dei servizi, della non discriminazione e uguaglianza di trattamento, della trasparenza, della proporzionalità e del riconoscimento reciproco.

Questi principi costituiscono – afferma la Comunicazione – norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, i quali comportano essenzialmente un obbligo di trasparenza al fine di “garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione” (sul tema dei principi da applicare agli appalti esclusi, pur con riferimento al vecchio Codice appalti FERRARI G., *Principi relativi ai contratti esclusi*, in GAROFOLI A. – FERRARI G., *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Roma, 2009, pp. 242 e ss.; più recente, MEALE A., *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, n. 8-9/2016, pp. 919 e ss.).

Nell'intento di tradurre in concreto tale affermazione, la Commissione ha specificato come il rispetto di tale principi presupponga la pubblicazione di un “avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto”, non ritenendo sufficiente nemmeno la presa di contatti selettiva con un determinato numero di operatori nel mercato. L'avviso pubblicitario può – secondo la Commissione – limitarsi ad una “succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto da aggiudicare e della procedura di aggiudicazione, accompagnata da un invito a prendere contatto con l'amministrazione aggiudicatrice”. Tutto ciò, a meno di situazioni di estrema urgenza o di appalti che, per ragioni tecniche o artistiche, possano essere affidati ad un solo operatore. Quanto all'aggiudicazione, essa deve avvenire in conformità alle regole procedurali fissate all'inizio della procedura e secondo i principi di non discriminazione e uguaglianza di trattamento.

In altre parole, ai contratti esclusi totalmente o parzialmente dal campo di applicazione delle direttive appalti è stata comunque imposta dalla Commissione europea una procedimentalizzazione dell'affidamento. Essa presenta certamente un grado di rigore e di dettaglio inferiori alle procedure armonizzate ma comunque indubbiamente non consente una scelta totalmente libera.

Sotto questo profilo, la Corte di Giustizia sembra porsi in – almeno parziale – contrasto con la Commissione europea.

Sembrano infatti stridere l'obbligo di trasparenza e le regole contenute nella richiamata Comunicazione rispetto al connotato dell'*intuitu personae* o a quello della necessaria convergenza della volontà delle parti circa la scelta di un arbitro/conciliatore; caratteristiche che sembrerebbero implicare una riserva di libera

scelta, senza alcun condizionamento procedurale in capo all'amministrazione aggiudicatrice. O che, comunque, sembrerebbero rendere inutile detta procedimentalizzazione ove poi la scelta del professionista avvenga non sulla base di criteri o parametri impiegati per porre a confronto le offerte ma sulla base di una mera preferenza fiduciaria (individuale, nel caso di affidamento di un incarico di patrocinio legale; concordata, nel caso della scelta di un arbitro o conciliatore).

Il Giudice europeo, con specifico riferimento agli incarichi di patrocinio legale, afferma proprio che *“la riservatezza del rapporto tra avvocato e cliente, il cui oggetto consiste, [...], tanto nel salvaguardare il pieno esercizio dei diritti della difesa dei singoli quanto nel tutelare il requisito secondo il quale ogni singolo deve avere la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato [...], potrebbe essere minacciata dall'obbligo, incombente sull'amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché la pubblicità che deve essere data a tali condizioni”*. E' proprio per questo – prosegue la Corte europea – che l'esclusione dei servizi legali dal campo di applicazione della direttiva appalti è pienamente valida.

Viene in evidenza, tuttavia, che la richiamata Comunicazione della Commissione europea non fa altro che imporre, per i contratti esclusi, una pur contenuta procedimentalizzazione che sembra contrastare con le affermazioni pretorie qui in commento.

Tale aporia non sembra poter essere risolta in via interpretativa.

In conclusione, si tratta di una criticità che ben potrebbe costituire uno spunto di riflessione per il legislatore europeo affinché ripensi il regime giuridico dei servizi legali, scegliendo se valorizzare ancor più l'aspetto fiduciario oppure la natura di servizio e la sua attrazione nell'orbita della procedimentalizzazione tipica degli appalti.



## La Corte IDH ordina nuove misure urgenti a fronte della situazione dei diritti umani in Nicaragua

di Luca Paladini

**Title:** *The IACtHR new order to adopt urgent measures before the serious human rights crisis in Nicaragua*

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; *Interim* Measures; Irreparable Damage; Human Rights Defense Organizations; Right to Life; Right to Integrity.

1. – Con risoluzione del 12 luglio 2019, il giudice Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Presidente della Corte interamericana dei diritti umani (di séguito, Corte IDH), ha ordinato al Nicaragua di adottare una serie di misure urgenti, necessarie da una parte a proteggere la vita e l'integrità personale dei membri di due organizzazioni per la difesa dei diritti umani – il *Centro Nicaragüense de Derechos Humanos* (CENIDH) e la *Comisión Permanente de Derechos Humanos* (CPDH) – e dall'altra a garantire, senza ostacoli di sorta, la continuità dell'attività svolta dai due enti privati. Il Presidente della Corte ha disposto che dette misure protettive siano decise con la partecipazione dei beneficiari e che, nella misura possibile, non siano poste in essere dagli agenti dello Stato coinvolti nelle contestate attività di contrasto all'attività del CENIDH e della CPDH. Come previsto dalla risoluzione *de qua*, entro lo scorso 31 luglio 2019 lo Stato ha comunicato alla Corte IDH quali misure ha effettivamente adottato e, sulla base di tale informativa, ai beneficiari e alla Commissione interamericana dei diritti umani (di séguito, Commissione) è stato chiesto di presentare le loro osservazioni.

La risoluzione in commento (di séguito, risoluzione CENIDH e CPDH) si iscrive dell'oramai consolidata prassi giurisprudenziale della Corte IDH in materia di protezione dei difensori dei diritti umani, che consta di risoluzioni che ordinano misure urgenti, come nel caso in epigrafe, e di sentenze di merito che accertano la violazione della Convenzione americana dei diritti umani (da ultimo, Corte IDH, *Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala* [fondo, reparaciones y costas], 5-2-2019, commentata in questa *Rivista* da C. Cardinali, *Judges as human rights defenders: their role and the safeguard of judicial independence. Considerations on the Villaseñor Velarde y Otros vs. Guatemala case*, DPCE Online, July 2019). Ciò detto, questo contributo intende comunque concentrarsi sulla risoluzione in epigrafe, sia per dar conto del suo contenuto in relazione alla critica situazione dei diritti umani in Nicaragua, sia per inquadrare, pur nel rispetto della sintesi propria dei commenti, l'istituto delle misure *ad interim* nel sistema interamericano dei diritti dell'uomo (come si vedrà, nel caso della Commissione di parla di *medidas cautelares*, mentre per la Corte si fa riferimento

alle *medidas urgentes* o alle *medidas provisionales* – su tale varietà terminologica, cfr. C. Miles, *Provisional measures before international courts and tribunals*, New York, 2017, 1).

2. – Va innanzitutto segnalato che le misure in questione sono state richieste dalla Commissione, dopo che essa aveva invano rivolto al Nicaragua diverse risoluzioni atte a sollecitare l'adozione di misure cautelari (cfr. *infra*, § 2.1.) finalizzate a proteggere la vita e l'integrità personale dei membri delle due organizzazioni di difesa dei diritti umani (da ultimo, cfr. *Resolución 46/2018, Carmona y otros respecto de Nicaragua [Personas defensoras de derechos humanos]*, 2-7-2018 e *Resolución 59/18, Sánchez Mercado y otros respecto de Nicaragua [Defensoras y Defensores de Derechos Humanos]*, 8-8-2018).

Invero, sin dal 2008 la Commissione aveva più volte sollecitato l'adozione di misure protettive di difensori dei diritti umani o di individui attivi su tale fronte, in un contesto nazionale nel quale la difesa dei diritti fondamentali era stata sistematicamente ostacolata dalle autorità statali. Di recente, però, le forti repressioni poste in essere dal Governo di Managua verso coloro che protestavano contro la riforma del sistema di sicurezza sociale avevano prodotto un significativo deterioramento del rispetto dei diritti umani in tale Nicaragua. In particolare, la Commissione aveva rilevato un uso eccessivo della forza da parte della polizia e degli agenti parastatali coinvolti nella repressione delle manifestazioni, cui era conseguita un'intensificazione dell'attività dei difensori dei diritti umani e, di conseguenza, una loro maggiore esposizione al rischio di subire attacchi da parte dello Stato. In effetti, numerosi erano stati i casi di criminalizzazione e stigmatizzazione di singoli attivisti, che erano stati rinviati a giudizio con capi di imputazione discutibili o ambigui rispetto ai fatti accaduti (ad esempio, "incitación a la rebelión", "terrorismo" o "sabotaje") o che avevano ricevuto attacchi personali. Ugualmente, si erano registrati diversi episodi di sabotaggio dell'attività delle organizzazioni di difesa dei diritti umani cui gli attivisti appartenevano, ad alcune delle quali il Parlamento nicaraguense (la *Asamblea Nacional de Nicaragua*) aveva revocato la personalità giuridica. Tutto ciò – aveva concluso la Commissione – al fine di imbavagliare, intimidire e criminalizzare le posizioni contrarie alla linea politica del Governo.

In tale contesto, l'urgenza della situazione riguardante il CENIDH e la CPDH e la sicurezza dei loro membri, unita alla protratta reticenza del Nicaragua nel rendere informazioni e nell'adottare le misure più volte sollecitate, avevano condotto la Commissione a chiedere alla Corte di San José l'adozione delle misure in commento.

2.1 – Merita evidenziare che il potere della Commissione di raccomandare *medidas cautelares* riposa sull'art. 25 del suo regolamento interno, dunque su un atto a rilevanza interna (su tali atti delle organizzazioni internazionali, cfr. R. Virzo, *The Proliferation of Institutional Acts of International Organizations, A Proposal for Their Classification*, in R. Virzo, I. Ingravallo, *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden/Boston, 2015, 298). La Commissione ha comunque precisato che tale potere "refleja una práctica común en el derecho internacional de derechos humanos" e che, attraverso l'ampia prassi finora intervenuta,

ha venido cumpliendo con el mandato de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en los términos del artículo 106 de la Carta de la Organización, y de asistir a los Estados a cumplir con su ineludible deber de protección – el cual es su obligación en toda instancia. (cfr. nota informativa disponibile al link [www.oas.org/es/cidh/decisiones/sobre-cautelares.asp](http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/sobre-cautelares.asp))

Essa ha, dunque, rinvenuto il fondamento di tale potere anche nella norma del trattato istitutivo dell'Organizzazione degli Stati americani (di séguito, OSA) che prevede la sua creazione e che le affida il compito primario di promuovere l'osservanza e la difesa dei diritti umani. Non solo, poiché lo stesso potere trova fondamento anche in un'altra norma internazionale pattizia, l'art. 41 CADU, che enumera le funzioni della Commissione e, tra queste, indica quella di raccomandare e di stimolare gli Stati parti a rispettare dei diritti umani, tenuto conto degli obblighi assunti con la ratifica della CADU, con particolare riguardo agli artt. 1 e 2, dunque agli obblighi di rispettare i diritti in essa previsti e, a tal fine, di adottare ogni necessaria disposizione di diritto interno (sul punto, cfr. L. Tojo, P. Elizalde, *Artículos 41, 42, 43. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Funciones*, in C. Steiner, P. Uribe [ed.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotá, 2014, 757).

Il lungo e articolato art. 25 del regolamento interno della Commissione prevede che essa possa, *motu proprio* o su iniziativa di parte, sollecitare uno Stato ad adottare misure cautelari in situazioni che, per gravità e urgenza, pongano singoli individui a rischio di subire un danno irreparabile. Tali misure possono riguardare casi di petizioni individuali presentate alla Commissione *ex* art. 44 CADU, al fine di denunciare la violazione dei diritti previsti dalla stessa Convenzione, oppure esserne disgiunte e, dunque, presentate al solo fine di segnalare una situazione grave e urgente con *periculum in mora*. È la stessa norma regolamentare a precisare quando una situazione possa ritenersi grave e urgente, e cosa si intende per danno irreparabile. Dunque, la gravità della situazione si riferisce a “el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano”, mentre l'urgenza riguarda l'ipotesi “que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar”. Rispetto al danno irreparabile, deve trattarsi di una “afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización”.

L'*iter* previsto dalla norma *de qua* prevede che la Commissione valuti la richiesta di misure cautelari tenendo conto della situazione descritta e chiedendo allo Stato interessato di fornire ogni informazione utile a comprendere la situazione segnalata, sempre che l'imminenza del danno irreparabile renda impossibile tale ultimo passaggio. I destinatari delle misure cautelari sollecitate dalla Commissione possono essere individui o più singoli, purché siano determinati o determinabili, anche in ragione della loro ubicazione geografica o della loro appartenenza o legame a un gruppo, popolo, comunità o organizzazione. Al fine di facilitare le potenziali vittime e di garantire un più rapido accesso alle misure cautelari, lo scorso 1 agosto la Commissione ha introdotto la possibilità di presentare le richieste via e-mail (*CIDH lanza nuevo formulario electrónico en línea para la presentación de solicitudes de medidas cautelares*, comunicato de prensa 1-8-2019; per un primo commento, cfr. N. Carrillo-Santarelli, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos añade la posibilidad de presentar solicitudes de medidas cautelares por vía electrónica: una excelente adición que ofrece inmediatez, incrementa el acceso a la protección que ofrece el sistema y robustece la legitimidad procesal del mismo*, 2-8-2019, *aquiescencia.net*). Se concesse, le misure cautelari sono oggetto di monitoraggio periodico, col fine di verificare se sia necessario mantenerle, modificarle o farle cessare, fatta comunque salva la facoltà dello Stato interessato di avanzare un'istanza di rimozione. Rimozione altresì possibile qualora gli stessi beneficiari non rendano possibile la valutazione della perdurante necessità delle misure cautelari disposte a loro favore, ad esempio quando non rendano le informazioni che la Commissione può chiedere loro.

Infine, l'art. 25 del regolamento interno si chiude con la previsione che la Commissione possa presentare una richiesta di *medidas provisionales* (così si esprime la

norma *de qua*) alla Corte di San José in caso di estrema gravità e urgenza e necessità di evitare un danno irreparabile “en un asunto no sometido aún a consideración de la Corte” (cfr. anche l’art. 76 dello stesso regolamento), come nel caso in commento. Qualora la Corte non disponga le misure richieste, la Commissione non considererà nuove istanze di misure cautelari riguardanti lo stesso caso, salva l’ipotesi che emergano nuovi e sostanziali elementi di valutazione.

Sul piano della prassi, negli ultimi 35 anni il potere di sollecitare gli Stati ad adottare le misure cautelari di volta in volta necessarie ha consentito alla Commissione di proteggere migliaia di persone o gruppi a rischio di irreparabile violazione dei diritti umani in ragione della loro condizione o attività; si è trattato di difensori dei diritti umani, di giornalisti, di sindacalisti o, più genericamente, di gruppi vulnerabili (ad esempio, i popoli indigeni e tribali, i detenuti, i testimoni, etc). In tal senso, merita ricordare che spesso le misure cautelari hanno assunto la forma della richiesta di impedire l’esecuzione di decisioni giudiziarie, amministrative o di altra natura, come, ad esempio, nel caso della sospensione della pena di morte o dei provvedimenti di espulsione o di estradizione quando gli interessati fossero a rischio di gravi pregiudizi negli Stati di destinazione.

3. – Invece, il potere della Corte IDH di disporre misure provvisorie è espressamente previsto da una norma internazionale pattizia – l’art. 63, co. 2, CADU – secondo cui

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

2280

Oltre a offrire il fondamento normativo delle misure in questione, la norma *de qua* indica i presupposti per la loro adozione e prevede che possano essere richieste dalla Commissione anche se non afferenti a un caso sottoposto alla giurisdizione contenziosa della Corte IDH. Si tratta di una ipotesi che ha dato vita a una cospicua prassi; secondo una recente rilevazione della stessa Corte, dal caso *Juan Francisco Bueno Alves* dei primi anni '90 (*Bueno Alves, medidas provisionales respecto de Argentina, resoluciones de la Corte* 8-8-1990 e 17-1-1991) alla fine del 2017 sono state disposte misure urgenti su istanza della Commissione in 84 casi, con il fine primario di tutelare la vita e l’integrità personale delle potenziali vittime (Corte IDH, *Sistematización de las resoluciones sobre medidas provisionales emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2017).

L’art. 63, co. 2, CADU è in parte ribadito, nonché integrato (ad esempio, per gli aspetti procedurali) dall’art. 27 del regolamento della Corte IDH, il quale prevede l’evidente ipotesi che essa ordini l’adozione di *medidas provisionales* su istanza delle vittime o presunte vittime di un caso sottoposto oppure *ex officio* in qualsiasi fase del procedimento, sempre che si tratti di casi di estrema gravità e urgenza e col fine di evitare danni irreparabili. È inoltre previsto che, qualora la Corte di San José non sia riunita, il suo Presidente possa procedere in sede monocratica (cfr. art. 27, commi 5, 6 e 9, del citato regolamento).

Si segnala che il comma 10 della norma qui considerata prevede che la Corte IDH includa nel proprio *Informe anual* all’Assemblea generale dell’OSA (cfr. art. 65 CADU e art. 30 Statuto della Corte IDH – in dottrina, cfr. A. Nuño, *Artículos 64, 65. Función consultiva e informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in C. Steiner, P. Uribe [ed.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotá, 2014, 909 ss.) una sezione riguardante le misure provvisorie ordinate. Tale parte dell’*Informe anual*, oltre a costituire un utile repertorio delle misure disposte dalla Corte di San José nell’anno solare di riferimento, possiede un ampio potenziale in quanto strumento atto a garantire la



loro effettiva attuazione da parte degli Stati interessati. Infatti, l'art. 65 CADU prevede che la Corte IDH segnali i casi di mancata attuazione di sue sentenze (e di altre sue decisioni, come emerge dagli stessi *Informe anual*), dando così modo all'Assemblea generale di discutere il caso e, eventualmente, di adottare una risoluzione a riguardo. Ciò detto, inopportuno l'organo assembleare dell'OSA non ha ancora esercitato tale importante funzione, sostanzialmente per ragioni legate alla mancanza di volontà politica degli Stati parti, che lo compongono (cfr. C. Medina Quiroga, C. Nash Rojas, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011, 53 ss., che parlano di “falla severa del mecanismo regional de protección a los derechos humanos”. Cfr. altresì le considerazioni di J. Schneider, *Implementation of Judgments: Should Supervision Be Unlinked from the General Assembly of the Organization of American States*, *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2012, 197 ss.).

4. – L'art. 63, co. 2, CADU richiede che debbano contestualmente ricorrere tre condizioni affinché la Corte IDH possa disporre *medidas provisionales*: l'estrema gravità della situazione, l'urgenza e la necessità di evitare danni irreparabili alle persone. Nel caso di misure già disposte, il loro mantenimento comunque richiede la copresenza di tali presupposti, poiché “(s)i una de ellas ha dejado de tener vigencia, corresponderá al Tribunal valorar la pertinencia de continuar con la protección ordenada” (*Carpio Nicolle y otros, medidas provisionales respecto de Guatemala, resolución de la Corte*, 6-7-2009, considerando 14). Nessun altro argomento oltre i presupposti relativi alla necessità di ordinare misure urgenti può essere preso in considerazione dai giudici di San José (*Caballero Delgado y Santana, medidas provisionales respecto de Colombia, resolución de la Corte*, 3-2-2010, considerando 11).

Quanto alla valutazione dei citati presupposti, gli stessi giudici hanno fornito le dovute precisazioni nella propria giurisprudenza, come, ad esempio, nel caso delle carceri venezuelane del 2009, nel decidere il quale hanno affermato con chiarezza che

la Convención Americana requiere que, para efectos de la adopción de medidas provisionales, la gravedad sea “extrema”, es decir, que se encuentre en su grado más intenso o elevado. El carácter urgente implica que el riesgo o amenaza involucrados sean inminentes, lo cual también supone que la respuesta para remediarlos sea inmediata. Finalmente, en cuanto al daño, debe existir una probabilidad razonable de que se materialice y no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables (Internado Judicial de Monagas, Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II, Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental, e Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II, medidas provisionales respecto de Venezuela, resolución de la Corte, 24-11-2009, considerando 3).

4.1. – In via di premessa, nella risoluzione in epigrafe il Presidente della Corte IDH torna a sottolineare la doppia funzione assolta dalle misure provvisorie nel diritto internazionale dei diritti umani, affermando che

las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. La orden de adoptar medidas es aplicable siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas. De esta manera, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo. (risoluzione CENIDH e CPDH, considerando 7)

L'affermazione è, infatti, risalente ed è stata espressa per la prima volta nel caso *Tribunal Constitucional* del 2000, nel quale, premesso che nei sistemi giuridici nazionali il fine delle misure provvisorie è la tutela delle parti di una controversia rispetto ad azioni compiute *pendente lite*, le stesse misure svolgono anche una funzione di tipo preventivo e tutelare, consistente nel garantire l'effettiva protezione dei diritti fondamentali prima che gli individui subiscano dei danni irreparabili (*Caso del Tribunal Constitucional, medidas provisionales respecto Perú, resolución del Presidente*, 7-4-2000, considerando 10 e 11 – in dottrina, cfr. A. A. Cançado Trindade, *Les Mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2003, p. 14, che afferma “Dans le cadre de ce dernier [Droit International des Droits de l'Homme], qui est essentiellement un droit de protection de l'être humain, les mesures provisoires atteignent effectivement leur plénitude, revêtant un caractère, plus que conservatoire (cautelar), véritablement de protection (tutelar)”). Sotto tale profilo, le misure provvisorie costituiscono un meccanismo di protezione dei diritti umani di portata ampia, che nel sistema interamericano si apprezza particolarmente quando vengono disposte in casi di situazioni gravi e urgenti non sottoposte alla giurisdizione contenziosa della Corte (cfr. C. Correa, *Artículo 63. Reparaciones y medidas provisionales*, in C. Steiner, P. Uribe [ed.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotá, 2014, 880 ss.).

Dunque, atteso il carattere (anche) preventivo delle misure previste dall'art. 63, co. 2, CADU, la Corte può ordinarle laddove *prima facie* si possano verificare delle violazioni gravi e imminenti dei diritti umani. A tal fine, la considerazione della situazione prospettata dev'essere accurata e riguardare elementi quali, ad esempio, il contesto di maturazione della situazione grave e urgente, l'effettività dell'azione statale rispetto al pregiudizio prospettato o il livello di mancata protezione dei diritti umani nel quale permarrebbero le vittime in assenza delle misure necessarie. In caso di misure disgiunte da un caso sottoposto alla giurisdizione contenziosa della Corte IDH, è necessario che la Commissione argomenti solidamente la *solicitud de medidas provisionales* e che lo Stato interessato non dimostri in modo chiaro e sufficiente l'effettività di eventuali misure già adottate.

2282

4.2. – Al fine di decidere se, nel caso di specie, possano essere ordinate delle misure provvisorie, il Presidente della Corte ricostruisce, a partire dalla richiesta della Commissione e dall'informativa resa dallo Stato convenuto, un quadro fattuale che riflette una chiara situazione di estrema gravità e urgenza e una ragionevole possibilità che si verifichi un danno irreparabile, tenuto conto degli obblighi posti in capo al Nicaragua in quanto Stato parte della CADU.

In proposito, il Presidente ricorda che è possibile valutare l'insieme di fattori politici, storici, culturali o qualsiasi altro fattore o circostanza che influisca sul beneficiario o che lo ponga in una condizione di vulnerabilità e rischio di ricevere lesioni ai suoi diritti fondamentali. Questa condizione può variare nel tempo, potendo essa aumentare di intensità o diminuire sulla base di più variabili, il che parimenti va accuratamente valutato, in quanto “únicamente las situaciones extremas y urgentes merecerán protección mediante medidas provisionales” (*Carpio Nicolle y otros, cit.*, considerando 26). Al contrario, una situazione di estrema gravità e urgenza divenuta nel tempo e per diverse ragioni “meno emergenziale” ricondurrebbe il quadro fattuale considerato nei casi che non giustificano l'adozione di misure urgenti.

Inoltre, non è nemmeno necessario comprovare pienamente il quadro fattuale, poiché la richiesta di misure provvisorie deve contenere un minimo di dettagli e informazioni che consentano di valutare *prima facie* una situazione di estrema gravità e urgenza (*Asunto de los niños y adolescentes privados de libertad en el "Complejo do*

*Tatuapé*”, *medidas provisionales respecto Brasil, resolución de la Corte*, 4-7-2006, considerando 23). In effetti, per restare nel solco della prassi pertinente al caso in epigrafe, in diverse occasioni lo *standard* della valutazione *prima facie* ha portato la Corte IDH a ordinare misure provvisorie, anche a tutela (almeno) della vita e dell’integrità personale dei difensori dei diritti umani (*Fundación de Antropología Forense, medidas provisionales respecto Guatemala, resolución de la Corte*, 4-7-2000; *Mack Chang y otros, medidas provisionales respecto Guatemala, resolución de la Corte*, 26-8-2002; *Pobladores de las Comunidades del Pueblo Indígena Miskitu de la Región Costa Caribe Norte, ampliación de medidas provisionales respecto de Nicaragua, resolución de la Corte*, 23-8-2018).

Ciò detto, il Presidente accerta l’estrema gravità del conflitto iniziato dall’aprile 2018, generato dalle proteste avviate contro il governo nicaraguense per la *condena* riforma del sistema di sicurezza sociale e dalle conseguenti repressioni, che hanno causato un alto numero di morti e feriti e, in generale, un significativo deterioramento della situazione interna relativa alla garanzia dei diritti umani. Rispetto al CENIDH e alla CPDH, il giudice Ferrer Mac-Gregor Poisot accerta inoltre l’esistenza di una grave situazione di rischio, dovuta alla stigmatizzazione e screditamento dell’operato delle due organizzazioni, nonché alle violenze, agli attacchi e alle molestie subite dai loro membri e a loro parenti, alcuni dei quali sono stati costretti a lasciare il Paese (cfr. *infra*, § 5.). In tal senso, il Presidente della Corte IDH ricorda che, al fine di garantire efficacemente i diritti sanciti dalla CADU, gli Stati parte hanno l’obbligo di proteggere tutte le persone poste sotto la loro giurisdizione, non solo in senso verticale con riguardo al potere pubblico, ma anche in senso orizzontale rispetto alle azioni di privati e di gruppi di qualsiasi natura, dunque anche quando si tratta di gruppi parastatali che agiscono parallelamente alle forze di polizia (*Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, medidas provisionales respecto de Colombia, resolución de la Corte*, 6-3-2003, considerando 11 e *Integrantes de la Comunidad Indígena de Choréachi, resolución de la Corte respecto de México*, 25-3-2017, considerando 21).

Inoltre, il Presidente accerta che le informazioni fornite dallo Stato convenuto non contengono elementi sufficienti a valutare l’effettività di eventuali misure già adottate a protezione delle due organizzazioni e dei loro membri, essendosi esso limitato a menzionare un protocollo di sicurezza (il *Protocolo de actuación para la atención de delitos cometidos en contra de personas promotoras y defensoras de derechos humanos*, 28-11-2017, citato all’allegato II delle osservazioni presentate dallo Stato), senza fornire alcuna documentazione probatoria. Infine, il protratto silenzio del Nicaragua davanti alla Commissione dimostra l’inadempienza dello Stato *de quo* rispetto alle numerose richieste di proteggere i difensori dei diritti umani già rivoltegli.

Nel complesso, ad avviso del giudice Ferrer Mac-Gregor Poisot, il ricostruito quadro fattuale fonda l’ordine, rivolto allo Stato nicaraguense, di adottare misure urgenti per proteggere la vita e l’integrità personale dei membri del CENIDH e della CPDH e per garantire l’attività svolta dalle due organizzazioni per la difesa dei diritti umani.

4.3. – Merita sottolineare che la ricostruzione del quadro fattuale tiene conto della particolare condizione dei difensori dei diritti umani e delle minacce loro rivolte, volutamente indirizzate a contrastarne l’attività, tanto da qualificare specificamente il rischio di violazione irreparabile dei diritti umani. In tal senso, più volte la Corte ha fatto riferimento a un “obbligo rinforzato” posto in capo agli Stati parti della CADU:

la obligación del Estado de garantizar los derechos a la vida e integridad personal de las personas se ve reforzada cuando se trata de un defensor o

defensora de derechos humanos. (Pobladores de las Comunidades del Pueblo Indígena Miskitu de la Región Costa Caribe Norte, ampliación de medidas provisionales respecto de Nicaragua, resolución de la Corte, 23-8-2018, considerando 16; cfr. altresì Corte IDH, Defensor de derechos humanos y otros Vs. Guatemala [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas], 28-8-2014, § 142).

Ciò in quanto gli effetti della violazione dei diritti fondamentali superano l'ambito soggettivo delle vittime, per riflettersi sull'intero contesto democratico di uno Stato. Nel caso in epigrafe, come osserva il Presidente della Corte IDH richiamando la *solicitud de medidas provisionales* della Commissione:

la situación actual a la que están sometidas ambas organizaciones podría provocar ... 'el cierre de los únicos espacios disponibles en la sociedad civil para la denuncia y acompañamiento de violaciones a derechos humanos, dejando en una situación de desamparo a centenares de víctimas del actual contexto' (risoluzione CENIDH e CPDH, considerando 48).

tanto che a seguito della revoca della personalità giuridica del CENIDH, alcuni suoi membri starebbero agendo a difesa dei diritti umani in piena clandestinità, mentre solo l'altra organizzazione (la CPDH) risulterebbe l'unica formalmente attiva. Trattasi di una circostanza grave, che mina le basi della democrazia e dello Stato di diritto. Tale aspetto è particolarmente delicato, poiché, come è stato recentemente ribadito nel caso *Escalera Mejía*, il lavoro dei difensori dei diritti umani è

fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho, lo que justifica un deber especial de protección por parte de los Estados. Además la Corte ha señalado que el respeto por los derechos humanos en un Estado democrático depende en gran parte de las garantías efectivas y adecuadas de que gocen los defensores de los derechos humanos para desplegar libremente sus actividades, y que es conveniente prestar especial atención a las acciones que limiten u obstaculicen el trabajo de los defensores de derechos humanos. Dada la relevancia de su rol en la sociedad, los defensores y defensoras de derechos humanos contribuyen de manera esencial a la observancia de los derechos humanos y son actores que complementan el rol de los Estados y del sistema interamericano en su conjunto (Corte IDH, Escaleras Mejía y otros Vs. Honduras [fondo, reparaciones y costas], 26-9-2018, § 56; sul lavoro dei difensori dei diritti umani per il rafforzamento della democrazia, cfr. M. González Domínguez, *El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo*, Revista IIDH, Vol. 63, 2016, 105 ss.).

In tal senso, il giudice Ferrer Mac-Gregor Poisot ricorda che la Corte IDH ha sistematicamente indicato, nella propria prassi giurisprudenziale, che è dovere dello Stato non solo creare le condizioni giuridiche e formali per il libero esercizio delle attività dei difensori dei diritti umani, ma anche garantire le condizioni di fatto in cui tale attività possa svolgersi, ad esempio astenendosi da condotte minacciose e intimidatorie nei loro confronti (Corte IDH, *García y familiares Vs. Guatemala* [fondo, reparaciones y costas], 29-11-2012, § 182). Allo stesso tempo, gli Stati devono fornire i mezzi necessari affinché i difensori dei diritti umani (o coloro che svolgono una funzione pubblica per la quale sono minacciati o che sono a rischio o che segnalano le violazioni dei diritti umani) possano svolgere liberamente le loro attività, ad esempio proteggendoli quando sono sotto minaccia di attacco alla loro vita e integrità personale. Gli Stati devono altresì creare le condizioni per impedire le violenze da parte di agenti statali (o parastatali) nei confronti dei difensori dei diritti umani e

indagare seriamente ed efficacemente i casi di violazione commessi nei loro confronti (*Mery Naranjo y otros, medidas provisionales respecto Colombia*, resolución de la Corte, 5-7-2006, considerando 8; Corte IDH, *Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil* [*excepciones preliminares y fondo*], 28-11-2006, § 77; *Álvarez y otros, medidas provisionales respecto de Colombia, resolución de la Corte*, 8-2-2008, considerando 23; *Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela, medidas provisionales*, resolución de la Corte, 13-11-2015, considerando 49; *Pobladores de las Comunidades del Pueblo Indígena Miskitu*, cit., considerando 16). Solo la descritta speciale forma di protezione garantisce che l'attività a difesa dei diritti umani possa essere esercitata liberamente a beneficio della democrazia e dello Stato di diritto (Corte IDH, *Escaleras Mejía*, cit., § 54).

4.4. – Un cenno alla questione dell'identificazione dei beneficiari delle misure urgenti, atteso che la richiesta della Commissione riguardava “personas que integran tanto el CENIDH como el CPDH”, dunque tutti i membri delle due organizzazioni, considerati a uguale rischio di subire danni irreparabili.

In proposito, il Presidente della Corte IDH rammenta che la regola generale richiede l'identificazione dei beneficiari delle misure provvisorie (*Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, medidas provisionales, resolución de la Corte*, 18-8-2000, considerando 8), anche se nella prassi essa ha perso tale carattere assoluto. Infatti, in diverse occasioni la Corte IDH ha ordinato la protezione di gruppi di persone non individualmente indicate, ma comunque identificabili o determinabili in ragione della loro appartenenza a un gruppo o a una comunità (cfr. T. M. Antkowiak, A. Gonza, *The American Convention on Human Rights*, OUP, 2017, 314 ss.). Così è stato, ad esempio, per le comunità indigene (*Asunto Integrantes de la Comunidad Indígena de Choréachi, medidas provisionales respecto de México, resolución de la Corte*, 25-3-2017, considerando 22), per i dipendenti di organizzazioni non governative (*Mack Chang y otros, medidas provisionales respecto de Guatemala, resolución de la Corte*, 26-1-2009, considerando 6 ss.) o per alcune collettività vittime di violenza militare (*Comunidad de Paz de San José de Apartadó, medidas provisionales respecto de Colombia, resolución de la Corte*, 24-11-2000, considerando 7). In tali casi, la Corte IDH ha accertato la sussistenza di fattori o circostanze che ponevano un particolare gruppo di persone a rischio di danni irreparabili e, per tale motivo, ha concesso misure provvisorie a tutti coloro che vi appartenevano.

Così è anche per i membri del CENIDH e del CPDH, i cui membri sono indistintamente considerati a rischio di gravi violazioni dei diritti fondamentali in ragione dell'appartenenza alle due organizzazioni, condizione che funge, quindi, da criterio oggettivo atto a identificare e individuare i beneficiari delle misure ordinate.

5. – In chiusura, merita richiamare un'altra recente risoluzione del Presidente della Corte IDH, ugualmente rivolta al Nicaragua, che di poco precede la risoluzione in epigrafe e con essa condivide i presupposti fattuali (*Asunto de diecisiete personas privadas de libertad, adopción de medidas urgentes respecto de Nicaragua, resolución del Presidente*, 21-5-2019).

Trattasi di misure urgenti parimenti chieste dalla Commissione dopo che tale organo OSA aveva ripetutamente chiesto l'adozione di misure cautelari tra il 2018 e il 2019 per migliorare le condizioni carcerarie di 17 persone private della libertà e collocate in diverse carceri nicaraguensi. Condizioni particolarmente severe, caratterizzate da un limitato accesso al cibo, ai trattamenti medici e alle visite dei familiari e dei difensori legali e connotate dalla persistenza, nel contesto carcerario, di atti di violenza e aggressione nei confronti degli stessi 17 detenuti. Come nel caso

commentato, le persone imprigionate – tra cui figurano *leader* di movimenti studenteschi e contadini, difensori di diritti umani e giornalisti – avevano partecipato a manifestazioni di protesta per l'operato del governo in carica o avevano, in ragione dell'attività professionale nei *media*, dato notizia delle manifestazioni antigovernative e delle conseguenti attività di repressione poste in essere da attori statali e parastatali. Anche nel caso delle *diecisiete personas privadas de libertad* il quadro fattuale riferisce di forti violenze nei confronti della popolazione e di una progressiva strategia di persecuzione giudiziale, con ampio ricorso alla carcerazione preventiva, e di criminalizzazione degli oppositori del governo. In tal contesto, le misure disposte dal Presidente della Corte IDH riguardano la protezione della salute, della vita e dell'integrità personale delle 17 persone imprigionate, per parte delle quali viene domandato alle autorità nicaraguensi di valutare attentamente e immediatamente la possibilità di concedere la detenzione domiciliare (mentre per coloro che l'avevano *medio tempore* ottenuta, viene domandato allo Stato di dimostrare che tale misura alternativa sia effettiva). Anche questo caso denuncia il grave deterioramento della situazione dei diritti umani in tutto il Paese, che la Commissione, nell'esercizio della funzione di promuovere l'osservanza e la difesa dei diritti umani, continua a monitorare e rispetto alla quale non esita a raccomandare al Nicaragua la cessazione delle repressioni e delle conseguenti gravi violazioni dei diritti fondamentali.

Ciò detto, l'organo OSA non manca di rivolgere la propria attenzione anche agli sviluppi che, pur connessi alla situazione nicaraguense, avvengono al di fuori dei confini di tale Stato. Infatti, in una recente visita di lavoro, la Commissione ha presentato la sezione del suo *Informe Anual 2018* riguardante la situazione dei diritti umani in Nicaragua, nel corso della quale ha ascoltato diverse vittime delle repressioni governative e numerosi difensori dei diritti umani che, dopo l'espatrio, stanno proseguendo la propria attività da altri Stati del sistema interamericano dei diritti dell'uomo. Compresi gli USA, verso il quale si dirigono diversi nicaraguensi costretti a fuggire dal loro Paese, senza però trovare un rifugio sicuro, dato che

2286

la Comisión tomó conocimiento de los problemas que atraviesan las personas que han sido forzadas a huir de Nicaragua hacia Estados Unidos de América. La CIDH fue informada sobre los procesos que enfrentan por infracciones migratorias o de solicitud de refugio en este último país, tales como el hecho de ser detenidas por largos períodos de tiempo y con posibilidades de ser devueltas a Nicaragua, bajo la imputación de haber cruzado irregularmente la frontera. También se recibió información sobre la falta de asistencia legal y de traducción adecuada durante los procesos que enfrentan los migrantes y solicitantes de asilo nicaragüenses. La Comisión hace un llamado a Estados Unidos de América a garantizar los derechos humanos de las personas nicaragüenses, incluyendo el derecho a buscar y recibir asilo, a la no devolución, a la no discriminación, y a la justicia, así como los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la vivienda, la educación y la seguridad social, desde el momento en que presentan su solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado u otras formas de protección internacional. (CIDH realizó visita de trabajo a Miami para presentar informe sobre situación de derechos humanos en Nicaragua, comunicado de prensa 31-7-2019).

Anche questo Stato del sistema interamericano dei diritti dell'uomo è, dunque, invitato a rispettare i diritti fondamentali di coloro che, in fuga da un Paese nel quale l'ordine democratico è oramai fortemente compromesso, sono costretti a violare le leggi statunitensi sull'immigrazione, trovandosi altresì nella posizione di non poter rientrare in Nicaragua senza correre il verosimile rischio di subire conseguenze per la vita e l'integrità personale. In tal senso, si rammenta (cfr. *supra*, § 2.1.) che la Commissione ha già raccomandato la sospensione di decisioni di espulsione per

violazione del principio di *non-refoulement* (ad esempio, cfr. *Resolución 81/18, M.B.B.P. respecto de Panamá*) e ciò potrebbe nuovamente accadere qualora gli USA – già destinatari di varie risoluzioni della Commissione, tra cui si segnala la *Resolución 64/18, Niños y niñas migrantes afectados por la política de “Tolerancia Cero” respecto de Estados Unidos* – disponessero il ritorno in Patria dei rifugiati nicaraguensi.





## El asunto *Ogiek*: las Comunidades Indígenas ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

por María del Ángel Iglesias

**Title:** The *Ogiek* Case: Indigenous Communities before the African Court of Human and Peoples' Rights

**Keywords:** Indigenous Peoples, Right to Land, Freedom of Religion, *Ogiek*

1. – Con fecha 26 de mayo de 2017, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dictó la que viene a ser su primera decisión sobre los derechos de las Comunidades Indígenas en África, y en el caso presente, en Kenia, en el asunto *African Commission on Human and People's Rights contra la República de Kenia* (006/2012).

Se trata sin duda de una sentencia histórica: aparte de erigirse en el *leading case* de la Corte, la decisión es fundamental para el fortalecimiento de los derechos de las CCII y el reconocimiento futuro de los derechos contenidos en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Podrá alegarse que no basta con un pronunciamiento positivo en favor de la comunidad demandante, sino que es preciso que se cumpla con lo dictaminado en ella. El asunto de la Comisión Africana sobre los *Endorois* es un buen exponente de que no basta con tener establecidos, en los textos de protección de derechos fundamentales, un amplio elenco de derechos y libertades o incluso que los tribunales decidan en su favor, sino que su contenido debe ser observado y cumplido escrupulosamente por el estado demandado, en este caso, Kenia. Conscientes de ello, podemos comenzar afirmando el triunfo que representa para los *Ogiek* la sentencia objeto de estas líneas.

2. – Si enfrentarse con la tarea de la definición de pueblos indígenas es tarea de por sí complicada por su gran heterogeneidad y no faltan quienes afirman, como Bowen, si debiera existir una definición universal de derechos de los pueblos indígenas, la cuestión en África se torna más compleja por cuestiones históricas más profundas que en cualquier otro continente. Si además tenemos en cuenta que en Kenia la multiplicidad es enorme, nos resultará tanto más difícil calificar como CCII, enfrentarnos a esta tarea. Pero dado que el derecho demanda conceptos a efectos de conocer la aplicabilidad de las normas, ofrecemos el pensamiento de Barume quien precisamente afirma que el término indígena es mal interpretado en África resaltando la realidad única y particular del continente. El Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas establecido por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, resaltó en su Informe de 2017 que el factor clave para la identificación de los pueblos indígenas en África es la autodefinición. Junto a ello, y dejando aparte la etimología del término que nos conduciría a afirmar que todos los africanos son indígenas en el continente, es necesario tener en cuenta que estos pueblos se

caracterizan por la situación de subyugación y marginalización, de discriminación en que se han venido encontrando (y aún se encuentran) de pérdida de sus tierras ancestrales pasando a ser en su propio territorio de ser dueños a “sirvientes”.

En cualquier caso, puede afirmarse que no existe una definición o concepto universalmente aceptado y que corresponda con todas las diferentes realidades existentes en la comunidad internacional. Los más importantes textos aplicables a las CCII, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (*A/RES/61/295 de 2 de octubre de 2007, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su 61ª sesión*) no nos proporcionan ninguna, adoptando una posición constructivista dejando a la práctica la elaboración gradual de los requisitos y criterios indicativos según apunta la doctrina y ahora en particular, Kingsbury. En este sentido, la Corte, como seguidamente comentaremos, ofrece una definición indirecta, es decir, basada en los factores clave para aplicar la cualidad de pueblos y comunidades indígenas.

3. – En el asunto *Endorois* de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el sistema de protección de derechos de los pueblos indígenas había venido a dar un paso de enorme importancia por lo que se refiere al reconocimiento de los derechos de las CCII. Ahora, ya ante la Corte Africana, el asunto *Ogiek* viene a reforzar notablemente lo estatuido por aquella en el asunto *276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya*, sentencia de 25 de noviembre de 2009, en adelante asunto *Endorois*, en cuanto al reconocimiento del derecho a la propiedad sobre las tierras ancestrales y las graves consecuencias que la pérdida de las mismas significa para las mismas al afectar otros derechos contenidos en la Carta Africana, como el de la libertad religiosa o el derecho a la vida y a sus culturas diferenciadas.

2290

Los *Ogiek* ya habían comenzado su “batalla” judicial desde tiempo atrás, pero sin resultado positivo como ocurriera con el asunto *Letuya* de 1997. En el caso presente, los hechos se remontan a noviembre de 2009 cuando la Comisión Africana, habiendo recibido por parte de dos organizaciones (CEMIRIDE y MRGI) en nombre de los *Ogiek* una petición de medidas provisionales a efectos de suspender una orden del Servicio Forestal de octubre de 2009 por la cual habían de abandonar ciertas tierras en un plazo de 30 días, no obtuvo respuesta alguna por parte del estado demandado, por lo que presentó demanda ante la Corte Africana contra Kenia por vulneración de diversos preceptos de la Carta Africana, en concreto solicitando que la Corte dictaminara que: (1) el Mau Forest ha sido desde tiempo inmemorial la casa ancestral del pueblo *Ogiek*, que (2) su uso es primordial para su supervivencia y para el ejercicio de su cultura, costumbres tradiciones, religiones y bienestar de sus comunidades, que (3) el estado tome las medidas legislativas necesarias para delimitar demarcar y titular el territorio donde tienen tierras ancestrales según las costumbres y usos y ello sin detrimento de otras CCII y desde luego (4) las tendentes a evitar que tal derecho se vea vulnerado y la rescisión de títulos o concesiones que ilegalmente se hubieran podido llevar a cabo sobre sus tierras ancestrales que deberían ser devueltas a los *Ogiek*. Junto a ello, en su caso, la compensación por los daños sufridos, y otras que constan en otros apartados, como el E (i) a la (xi). Los artículos de la Carta presuntamente vulnerados por el estado eran el 1, 2, 4, 8, 14, 17(2) and (3), 21 y 22 de los cuales pasamos a comentar el referido al derecho a la vida e integridad (artículo 4), libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 8), derecho a la propiedad (artículo 14) derecho a la educación (artículo 17), derecho a disponer de sus riquezas y recursos naturales (artículo 21) y derecho al desarrollo (artículo 22).

4. – Aunque su etnia sea objeto de diferencias (*Masai* o *Kikuyu*, por ejemplo), la Corte Africana en la sentencia de 2017 afirma que son comunidad indígena, siendo ésta una de las primeras cuestiones que se plantea en el asunto que ahora tratamos. El estado keniano había venido negando tal carácter basándose en el abrazo de formas de vida más modernas. La sentencia dedica los parágrafos 103 a 113 (ambos inclusive) a determinar esta cuestión en los que se estudian las alegaciones al respecto efectuadas por los *Ogiek*, así, el hecho de habitar el Mau Forest desde tiempos inmemoriales (prioridad en el tiempo), su voluntad de perpetuar su cultura (lo que incluye el idioma, la organización social, su religión y valores espirituales, sus formas de producción y sus leyes e instituciones), la auto consideración como indígenas acompañada del reconocimiento de otros grupos o instituciones del estado, y la de sufrir marginalización, desposesión, exclusión o discriminación.

5. – La Corte, ante la referida antes falta de una definición “universalmente aceptada” de pueblos en los textos del derecho internacional de los derechos humanos (incluso en la propia Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) y a efectos de constatar si se dan determinados factores mencionados que denomina “criterios estándar” en cuanto a la identificación de las CCII para el derecho internacional, toma como bases jurídicas: 1) el Grupo de Trabajo de la Comisión sobre Pueblos y Comunidades Indígenas, 2) el trabajo del Relator Especial de Naciones Unidas sobre minorías, junto a 3) la posibilidad abierta por los artículos 60 y 61 de la Carta, esto es otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, junto a lo cual, 4) mira al derecho interno keniano para estatuir que la Carta Magna de Kenia de 2010 ofrece fundamento sólido suficiente para llegar a la conclusión de su afirmativa consideración como pueblos indígenas constatando que se dan esas circunstancias o estándares de identificación de los *Ogiek* como tales. Así, respecto a esta difícil cuestión conceptual, la Corte acude tanto al derecho internacional como regional como doméstico mostrando una amplitud de miras que se echa en falta en el tribunal de Estrasburgo respecto a los samis que habitan la parte más septentrional de Europa.

6. – Por lo que al artículo 14 de la Carta Africana respecta (derecho de propiedad, comunal) la Corte detalladamente expone la clásica concepción derivada del derecho romano que incluye el *usus* (goce o disfrute), el *fructus* (derecho a gozar de lo que produce) y el *abusus* (derecho de transferir) frente a la que enfrenta el artículo 26 de la Declaración de 2007 (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, 61/295) de la que se deriva que no necesariamente sigue la clásica, en particular el *abusus*, pero sin que ello afecte al derecho reclamado. Recordando 1) la necesidad de la consulta previa e informada y 2) que la propiedad puede ser objeto de expropiación cuando concurren legítimas circunstancias como el interés público y es esencial y proporcional, existe justificación y necesidad, llegando a la conclusión de que ello no concurría en el caso, ya que la actividad natural de los *Ogiek* no era dañina para el ecosistema sino que la peor degradación del ecosistema precisamente podría devenir de determinadas concesiones madereras hechas por el gobierno así como ocupaciones por otros grupos. La Corte por tanto determina unos límites a la privación del derecho de propiedad, estatuye que los tres elementos del derecho clásico y la falta de *abusus* no contrarían la esencia del derecho contenido en el artículo 14 de la Carta y reafirma el principio del consentimiento previo, libre e informado. La Corte, decíamos, hace referencia al sistema del derecho clásico romano en el que la propiedad se definía en su etapa más antigua como el goce absoluto y pleno sobre un objeto o cosa corporal. Este significado se ha perpetuado en la teoría de los sistemas continentales sobre el derecho de propiedad. Ahora bien, conviene poner de manifiesto que en Kenia convergen la influencia británica y las propias del país, por lo

que existen categorías jurídicas relacionadas con este derecho que derivan del derecho romano, otras del inglés y otras propias del sistema en cuestión (por ejemplo, *tenancy* no existe en el derecho inglés y en Kenia, por aplicación de la costumbre, si puede predicarse).

7. – La prohibición de discriminación del artículo 2 de la Carta que impide la misma por razón de raza, etnia, religión u origen social es otra de las cuestiones estudiadas por la Corte Africana. Los *Ogiek* habían alegado ser objeto de trato desigual en relación al derecho de propiedad, a la práctica de su religión, su cultura, a la salud, a la vida, el acceso a la justicia, a los recursos naturales y desarrollo especialmente después de que con la Kenia independiente, fueran objeto de persecución y marginalización en aras a una integración/asimilación no deseada y llevada a cabo por el estado keniano en favor de la “unidad” nacional en general y de la conservación del Mau Forest en particular (área en que viven otras comunidades). Al respecto no hay demasiada consideración a resaltar si bien la Corte hace énfasis en que el principio de igualdad y no discriminación no se cumple aprobando normas al respecto sino con un respeto de su contenido y de una forma también similar a nuestros sistemas, las medidas que limitan el derecho han de ser necesarias y proporcionales al fin perseguido (corregir desigualdades), lo que no se da en el caso.

8. – Más interés representan a nuestro juicio las consideraciones acerca del artículo 4, derecho a la vida y a la integridad personal:

Human beings are inviolable. Every human being shall be entitled to respect for his life and the integrity of his person. No one may be arbitrarily deprived of this right

2292

y del artículo 8, libertad de pensamiento, conciencia y religión:

Freedom of conscience, the profession and free practice of religion shall be guaranteed. No one may, subject to law and order, be submitted to measures restricting the exercise of these freedoms.

Como ya dijimos en otro trabajo, una característica del indígena es la de ser eminentemente espiritual, religioso. Cuando los tribunales de protección de derechos humanos han estatuido sobre el comentado derecho de propiedad sobre las tierras ancestrales, han resaltado el significado de la tierra, que no es meramente algo material sino espiritual. Esta doble faceta hace que cuando se vulnera el derecho a la tierra, otros derechos caen en cascada, y así el de la vida o el derecho a la práctica de sus religiones o creencias: en sus culturas, naturaleza, tierra y religión no pueden separarse. La jurisprudencia de los tribunales regionales lo han puesto de manifiesto casi de forma constante en los pronunciamientos de la Corte Interamericana y del sistema africano (el asunto *Endorois* aquí se alza como un significativo ejemplo ilustrativo). En el caso de los *Ogiek*, la Corte Africana expresamente estatuye:

In indigenous societies in particular, the freedom to worship and to engage in religious ceremonies depends on access to land and the natural environment. Any impediment to, or interference with accessing the natural environment, including land, severely constrains their ability to conduct or engage in religious rituals with considerable repercussion on the enjoyment of their freedom of worship.

Así el Mau Forest no sólo proporciona el sustento material sino el soporte espiritual, es el lugar donde practican sus ceremonias y ritos: es pues de carácter sagrado y obligándoles a abandonar su tierra ancestral, el derecho contenido en el

artículo se ve vulnerado. Ello, amén de que se veían compelidos a tener que pagar una cantidad de dinero para poder acceder a los mismos a fin de celebrar sus cultos.

9. – El límite al ejercicio de este derecho sólo puede admitirse si el orden o la seguridad y salud pública se ven afectados, lo que es limitación común presente igualmente en las cartas europea y americana. En el asunto *Ogiek*, el estado había alegado que éstos habían abandonado sus tradicionales creencias en favor del cristianismo (lo que inevitablemente recuerda a lo sucedido en Europa con los samis, particularmente en Suecia), y como consecuencia de ello su tradicional *modus vivendi* (en este aspecto recordemos que el abrazar formas de vida más modernas no implica la no aplicación del estatus de indígena, tal y como la Corte Interamericana estatuyera en el asunto *Sawhoyamaxa contra Paraguay* de 29 de marzo de 2006 como cuando además este cambio ha sido causado por las restricciones impuestas por el estado keniano). Esta cuestión fue tratada sin éxito en sede doméstica keniana en el asunto *Civil Case 238/1999, Kemei, y otros 9 contra el Abogado General y tres más*, en el que la *Hight Court* de Kenia se pronuncia en contra de los *Ogiek*.

En la sentencia se constata que no se puede establecer una regla general, ya que muchos *Ogiek* siguen practicando sus tradiciones, y como literalmente dice en el parágrafo 185: “Es natural que algunos aspectos de la cultura de las poblaciones indígenas, como una determinada forma de vestir o símbolos de grupo, puedan cambiar con el tiempo. Sin embargo, los valores, en su mayoría, los valores tradicionales invisibles arraigados en su autoidentificación y mentalidad compartida, a menudo permanecen inalterados”. Así, finalmente los *Ogiek* ven reconocido su derecho con el pronunciamiento de la Corte Africana.

2293

10. – El derecho a la educación y su cultura, el derecho al desarrollo y a disponer de los recursos naturales, son otros de los afectados como consecuencia de la vulneración del derecho a la tierra ancestral. Ya hemos comentado anteriormente que la afectación de este último es la causa mediata de que otros derechos contenidos en la Carta se vean perjudicados como en cascada. Hay, además, que tener en cuenta que Kenia es parte en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como bien recuerda la sentencia.

11. – En definitiva, y a modo de conclusión, digamos que la sentencia *Ogiek* es el primer pronunciamiento en favor de este pueblo que durante tanto tiempo vio denegados los derechos consagrados en la Carta. Representa así un hito de gran importancia. Supone un reforzamiento de los derechos de las CCII no sólo en Kenia, sino con alcance general. La Corte Africana hace una interpretación abierta, progresiva, teniendo en cuenta el derecho nacional, regional e internacional de protección de los derechos humanos y de los pueblos: como resalta además, la Corte y la Carta son los únicos, organismo y texto, que expresamente en su título, hacen referencia a la palabra “pueblo”. Ciertamente así es, aunque no lo es menos que la Corte Interamericana reconoce derechos colectivos a diferencia del sistema europeo bajo el cual, las comunidades indígenas no han visto reconocidos derechos comunales (*ad ex* a la tierra).

La Corte enfatiza, como ya lo hiciera la Comisión en el asunto *Endorois* antes referenciado, la importancia de la tierra ancestral de las CCII no sólo como elemento material sino espiritual, de manera que -permítasenos ser en este punto reiterativos por la importancia que tiene- si se vulnera el derecho a la tierra, a modo de dominó, la libertad religiosa o el derecho a mantener y perpetuar sus tradiciones, su cultura,

quedan perjudicadas y difícilmente podrán ejercitarse. Ello, aunque no tenga la fuerza expresiva que la Comisión mantuvo en el caso referenciado.

12. – Por ello, no podemos terminar esta aportación sin hacer referencia al diálogo que la Corte mantiene con la Interamericana, menos intenso que el mantenido en el asunto *Endorois* donde las referencias son muy abundantes. En efecto, en el caso de los *Ogiek*, la Corte invoca el asunto *Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay* (sentencia de 17 de junio de 2005) y el asunto *Sawhoyamaya Indigenous Community contra Paraguay*, (sentencia de 29 de marzo de 2006). Aun así, como hemos dejado apuntado antes, la Corte interpreta los artículos de la Carta de una forma dinámica, evolutiva y al fin, favorable a los intereses de los demandantes reforzando los derechos de las CCII en el camino iniciado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en su Recomendación de 25 de noviembre de 2009.

## Diritto all'autodeterminazione e “terzo genere”: la *Cour constitutionnelle* belga si pronuncia sul “Transgender Act”

di Lucia Giuditta Sciannella

**Title:** Right to Self-Determination and “Third Gender”: the Belgian Constitutional Court pronounces itself on the “Transgender Act”

**Keywords:** *Transgender Act – Gender Self-determination – Gender Identity – Third Gender – Gender Discrimination*

1. – Con la sentenza n. 99 del 19 giugno 2019, la *Cour constitutionnelle* belga è intervenuta in un ambito della legislazione particolarmente sensibile, riguardante i diritti delle persone *transgender*. La pronuncia origina da un ricorso diretto avente ad oggetto la legge del 25 giugno 2017, «*réformant des régimes relatifs aux personnes transgender de l'état civil e ses effets*», con cui il Belgio ha irrobustito la schiera di Stati europei che consente alle persone *transgender* di modificare i propri dati anagrafici anche in assenza di interventi irreversibili del proprio aspetto fisico e biologico, optando per un approccio basato sul principio di autodeterminazione del singolo. Questo comporta, in altre parole, che non è più necessario un intervento chirurgico – oltre a una perizia psichiatrica – per richiedere la riassegnazione della propria identità sessuale, potendolo farlo sulla base di una dichiarazione presentata all'ufficiale di stato civile.

Tale intervento normativo ha posto le basi per un ammodernamento importante e strutturale del catalogo dei diritti, riconoscendo la diversità di genere, unitamente alla sua espressione sociale, come diritto dell'individuo.

Come noto, le difficoltà delle persone *transgender* di ottenere il riconoscimento della loro identità vissuta secondo dei criteri diversi rispetto all'apparenza morfologica discende dal modo in cui il diritto concepisce lo stato civile, vale a dire gli elementi che consentono di identificare una persona sia sul piano individuale che su quello socio-relazionale. Tali elementi, tra i quali figura *in primis* l'identità sessuale, contribuiscono a comporre lo *status* personale di ciascuno, la cui regolamentazione giuridica ha rilievo ai fini dell'organizzazione sociale. Non a caso, il primo atto dello stato civile di ogni persona, vale a dire il certificato di nascita, menziona espressamente l'identità sessuale, sulla base della tradizionale classificazione binaria “uomo/donna”. Da ciò ne è derivata la sua indisponibilità, vale a dire il divieto di modificare lo stato civile mediante un atto unilaterale di volontà, al di fuori di una procedura giuridicamente disciplinata.

Ma la tradizionale concezione binaria della sessualità si è, da sempre, scontrata con la questione della “transessualità”, ossia del verificarsi di una discordanza tra il sesso attribuito alla nascita e la percezione che ciascuno può avere della propria sessualità. Come noto, un soggetto può manifestare la propria transessualità mediante

l'adozione di un'apparenza di genere diversa dalla propria biologia, senza però far ricorso a modifiche indotte da trattamenti ormonali o chirurgici, o può decidere di ricorrere alla modifica dei propri caratteri sessuali secondari mediante trattamento ormonale o, ancora, può mutare in maniera irreversibile la propria identità sessuale ricorrendo a un intervento chirurgico al fine di assumere un'apparenza morfologica in linea con l'identità di genere percepita. Tale ultima possibilità si è poi accompagnata alla rivendicazione del diritto di modificare il proprio *status* civile, al fine di renderlo conforme alla nuova identità sessuale.

In Belgio, similmente a quanto è possibile registrare in altri ordinamenti europei, la richiesta di rettificazione di attribuzione di sesso a seguito di intervento chirurgico è stata inizialmente rivendicata in sede giudiziaria, richiedendo al giudice di accertare l'avvenuta conversione sessuale completa e irreversibile e, dunque, di accordare la modifica dello stato civile.

Il legislatore belga è intervenuto in tema di transessualità e di rettificazione di genere solo con la legge del 10 marzo 2007 – registrando anche un certo ritardo rispetto ad altri ordinamenti europei, ove la disciplina normativa sul tema è più risalente nel tempo – sancendo la possibilità di modificare lo stato civile a seguito di terapia ormonale o intervento chirurgico. In particolare, gli art. 62bis e 62ter c.c. hanno affidato all'ufficiale di stato civile la competenza a modificare i dati anagrafici, mediante la sottoscrizione di una «*déclaration de conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé*», accompagnato dalla presentazione di una dichiarazione rilasciata da uno psichiatra e da un chirurgo, ove non solo si attesti la fondatezza di tale convincimento, ma altresì si certifichi l'avvenuta modifica irreversibile della propria sessualità, richiedendo altresì la riassegnazione sessuale e l'avvenuta sterilizzazione.

Anche se la legge del 10 maggio 2007 ha dettato una disciplina in linea con quanto previsto in altri ordinamenti europei, mediante la previsione di una procedura regolamentata e trasparente, essa è stata parimenti oggetto di accese critiche. In effetti, la *ratio* della legge rinvia al tradizionale criterio binario "uomo/donna" e appropria alla questione della transessualità in un'ottica sanitaria che, in quanto tale, era da trattare con complessi e invasivi processi di cura farmacologica o chirurgica.

Tale approccio ha ben presto evidenziato evidenti limiti, soprattutto sotto la spinta che è stata offerta dal diritto internazionale e dalla giurisprudenza europea in tema di diritti fondamentali.

Sotto il primo aspetto, nel novembre 2006, in Indonesia, presso l'università di Hadjah Mada, venivano approvati i principi di Yogyakarta, in cui si raccomandava una rivisitazione delle legislazioni nazionali al fine di declinarle in rispetto all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Frutto di una mobilitazione su vasta scala e del lavoro di un gruppo di esperti in diritto internazionale dei diritti dell'uomo, tali principi sono stati utili a chiarire gli obblighi del rispetto, della protezione e della promozione dei diritti umani che ricadevano sugli Stati. Su questa scia, anche il Consiglio d'Europa ha adottato svariate raccomandazioni e risoluzioni destinate a promuovere i diritti delle persone *transgender* (*Raccomandazione CM/Rec (2010) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulle misure dirette a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere; Risoluzione n. 2048 (2015) dell'Assemblea parlamentare sulla discriminazione delle persone transgender in Europa*), cui ha fatto seguito un importante intervento del Parlamento europeo (*Risoluzione del 9 giugno 2015 sulla Strategia dell'Unione europea per l'eguaglianza tra donne e uomini*), che ha evidenziato la necessità della «messa al bando della sterilizzazione per il riconoscimento giuridico del genere».

Tale evoluzione ha trovato altresì conferma nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Dopo una prima sentenza nel 2002 (*Christine Goodwin c. Regno Unito*), con



la decisione del 10 marzo 2015 (*Affaire Y.T.C. c. Turchia*), la Corte ha dichiarato l'illegittimità il divieto di autorizzazione alla rettificazione di sesso in ragione della circostanza che il ricorrente fosse incapace di procreare. Più recentemente, con una rilevante sentenza del 6 aprile 2017, i giudici di Strasburgo hanno condannato la Francia che, come il Belgio e molti altri Paesi europei, subordinava la modifica del sesso registrato alla nascita alla prova dell'avvenuta sterilizzazione (A.P, *Garçon e Nicot c. Francia*). La Corte ha dichiarato incompatibile con la CEDU il requisito dell'incapacità procreativa ai fini dell'ottenimento della riattribuzione del genere anagrafico (C.M. Reale, *Corte europea dei diritti umani e gender bender: una sovversione mite*, in questa Rivista, II/2017).

2. – I mutamenti registrati in ambito internazionale hanno interessato da vicino il legislatore belga il quale, a partire dal dicembre 2014, ha avviato un complesso iter di modifica della normativa del 10 maggio 2007. Un progetto di legge è stato presentato nell'autunno 2016, che ha condotto, il 25 giugno 2017, all'adozione della legge «*réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets*».

A seguito della nuova normativa, l'art. 62bis c.c. prevede ora che «*tout Belge majeur ou Belge mineur émancipé ou tout étranger inscrit au registres de la population qui a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement, peut faire déclaration de cette conviction à l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle il est inscrit aux registres de la population*».

L'identità di genere non è definita dalla legge. Essa rinvia «*au genre auquel une personne s'identifie, au sens psychosocial indépendamment des caractéristiques biologiques*» o del sesso registrato nello stato civile alla nascita. Pertanto, ai sensi della nuova normativa, l'identità di genere è autodefinita e autodichiarativa in funzione dell'esperienza intima e personale di ciascuno.

La novella legislativa è, dunque, incentrata sul diritto all'autodeterminazione dei soggetti *transgender* e non più solo di coloro che hanno fatto ricorso alla modifica irreversibile della propria sessualità, segnando un superamento significativo della normativa previgente. Difatti, i requisiti di sterilizzazione e di psichiatrizzazione sono soppressi dalla nuova procedura di modifica del "sexe enregistré" nell'atto di nascita. E la «*réassignation sexuelle*» non è più legata a una decisione sanitaria.

Il legislatore ha fatto, quindi, propria la visione particolarmente avanzata dell'identità di genere, stabilendo che essa non è affatto immutabile e il modo di definirla rinvia a una condizione di profonda intimità, che può essere oggetto di un processo di continua evoluzione e ridefinizione.

Sul piano semantico, la legge belga segna il superamento del termine "transessuale" per sposare pienamente il concetto di «*transgenre*», un'accezione più ampia e inclusiva, che tiene conto della diversità del gruppo *transgender* e del fatto che l'identità di genere sia un sentimento intimo e personale, potenzialmente soggetto a una continua ridefinizione.

Dal punto di vista procedurale, l'interessato deve presentare, dinanzi all'ufficiale di stato civile, una prima dichiarazione scritta in cui esplicita la volontà di richiedere la rettificazione giuridica del genere (art. 62bis, § 3, c.c.).

L'ufficiale di stato civile, dopo aver recepito l'istanza, deve informare l'interessato in merito all'iter procedurale e, in questa fase, esplicitare gli effetti giuridici ad esso connessi, insistendo, in particolare, sul carattere irrevocabile della rettificazione del sesso iscritto nel certificato di nascita (art. 62bis, § 3 e § 10, c.c.).

Entro tre giorni dal ricevimento dell'istanza, l'ufficiale di stato civile deve trasmettere la relativa documentazione al procuratore del Re presso il Tribunale di prima istanza. Quest'ultimo dispone di un termine di tre mesi per rendere,

eventualmente, un *avis* negativo, qualora dovesse ritenere l'atto di rettificazione di genere contrario all'ordine pubblico (art. 62bis, § 4 c.c.).

Dopo il termine di sei mesi dalla presentazione dell'istanza, l'ufficiale di stato civile deve procedere alla rettificazione nell'ipotesi in cui il procuratore non abbia emesso un *avis* negativo.

La legge prevede altresì che l'ufficiale di stato civile menzioni il nuovo sesso registrato a margine dell'insieme di atti di stato civile dell'interessato (a partire dall'eventuale atto di matrimonio) e dei suoi discendenti di primo grado, al fine di tutelare i figli. In merito, la legge del 25 giugno 2017 riprende la norma secondo cui il rapporto di filiazione posto in essere anteriormente al cambiamento di genere rimanga invariato (art. 62bis/1, § 1, c.c.). Tale previsione normativa mira a garantire la stabilità del rapporto di filiazione dei minori della persona *transgender*.

L'art. 62bis, § 11, c.c. autorizza anche i minori dotati di discernimento, a partire dall'età di 16 anni, a presentare la dichiarazione di «*conviction d'identité de genre*» percepito e vissuto con l'assistenza di un rappresentante legale. Ma il minore può egli stesso adire il tribunale della famiglia per essere autorizzato a porre in essere l'atto con l'assistenza di un tutor *ad hoc*.

La legge impone al minore di 16 anni una condizione supplementare, ossia il rilascio di una certificazione di «*pédo-psychiatre*» che confermi che l'interessato dispone di una facoltà di discernimento sufficiente per avere la convinzione durevole che il sesso menzionato nell'atto di nascita non corrisponda all'identità di genere percepita.

3. – La legge in esame è stata impugnata dinanzi alla *Cour constitutionnelle*, in sede di ricorso di annullamento, da alcune associazioni impegnate nella difesa dei diritti dei *transgender*.

2298

In dettaglio, secondo i ricorrenti, la formulazione dell'art. 3 della legge in esame conserva un impianto binario del genere umano, implicando che la modifica dello stato civile debba, necessariamente, sostituire “uomo” con “donna” e “donna” con “uomo”. Da ciò consegue una discriminazione nei riguardi dei soggetti con identità non binaria, i quali si troverebbero costretti ad accettare, nel loro certificato di nascita, una registrazione del sesso che non corrisponde alla loro identità di genere, laddove le persone la cui identità di genere è binaria – ma non corrispondente al sesso registrato nel certificato di nascita – possono richiedere la rettificazione di genere, conformemente alla procedura semplificata prevista dalla legge.

In altri termini, i ricorrenti hanno chiesto al giudice costituzionale di riconoscere l'esistenza di un terzo genere – distinto dal binomio “uomo/donna” – cui si collocare giuridicamente coloro che intendono sottrarsi a ogni assegnazione identitaria tradizionalmente definita, ritenendo adeguata una collocazione diversa rispetto a quella binaria.

La *Cour constitutionnelle* – con sentenza n. 99 del 19 giugno 2019 – ha confermato la sussistenza di una lacuna nella legge in esame dal quale discende una palese violazione dei principi di eguaglianza e di non discriminazione, proprio in ragione del fatto di limitare la registrazione del sesso nel certificato di nascita e nel documento di identità alla sola opzione binaria “uomo/donna”. Ciò costituisce, secondo il giudice costituzionale, una inaccettabile disparità di trattamento, che lede il “principio di autodeterminazione” fatto proprio dalla legge in esame, in quanto «*contrairement aux personnes dont l'identité de genre est binaire, les personnes dont l'identité de genre est non binaire soient tenues d'accepter dans leur acte de naissance un enregistrement qui ne correspond pas à leur identité de genre*».

In linea con tale visione, la *Cour* ha altresì colto l'occasione per offrire un'interpretazione evolutiva degli art. 10, al. 3 e 11bis Cost., nella parte in cui viene fatto esplicito riferimento alle categorie “uomo” e “donna”, ritenendo che quest'ultimo

*«n'implique pas que les catégories «homme» ou «femme» puissent être considérées comme un principe de base de l'ordre constitutionnel belge et n'empêche pas davantage de prendre des mesures visant à lutter contre des différences de traitement fondées sur une identité de genre non binaire».*

Sulla base di tale argomentazione, la *Cour* ha annullato l'art. 3 della legge del 25 giugno 2017, *«en ce qu'il ne prévoit pas, pour les personnes dont l'identité de genre est non binaire, la possibilité de modifier l'enregistrement du sexe dans leur acte de naissance afin que cet enregistrement corresponde à leur identité de genre».*

Al contempo, la *Cour* ha modo di rilevare un altro elemento di illegittimità nello stesso art. 3 della legge in esame, in relazione al principio di irrevocabilità della procedura di riassegnazione del sesso nella certificazione di nascita. In effetti – secondo la *Cour* – le persone la cui identità è fluida, in quanto subisce delle modifiche nel tempo, evolvendosi dopo il primo cambiamento di sesso registrato nel certificato di nascita, deve dunque subire una registrazione del proprio *status* sessuale che non corrisponde all'identità percepita dal soggetto. Pertanto, la natura irrevocabile dell'emendamento non è ragionevolmente giustificata, anche alla luce dell'obiettivo di prevenire eventuali frodi. Né tale condizione può dirsi soddisfatta dalla possibilità di ricorrere al *Tribunal de la famille*, che è limitata a circostanze eccezionali, poiché la necessità di più modifiche del proprio *status* per persone la cui identità di genere è fluida non costituisce necessariamente una circostanza eccezionale. Infine, limitando la modifica ulteriore all'ipotesi di un ritorno al sesso inizialmente registrato nell'atto di nascita, tale procedura non consente a una persona la cui identità di genere è fluida di ottenere più di due volte la modifica della registrazione.

Pertanto, la *Cour* ha annullato l'art. 3 della legge del 25 giugno 2017 anche nella parte in cui *«indique à l'intéressé le caractère en principe irrévocable de la modification de l'enregistrement du sexe mentionné dans l'acte de naissance».* Da ciò ne è altresì derivata l'annullamento parziale dell'art. 11 della legge in esame, al fine di consentire nuovamente la modifica del nome a seguito di un'ulteriore modifica della registrazione del sesso nel certificato di nascita.

La pronuncia in commento, dichiarando parzialmente discriminatoria il mantenimento della scelta binaria per la rettificazione di genere, ha senz'altro segnato un importante passo avanti nella direzione di porre le basi per un processo di cambiamento irreversibile nell'ambito del riconoscimento dei diritti delle persone *transgender*, consacrando in via definitiva il principio per cui la diversità di genere – e la sua espressione – sono diritti fondamentali della persona che, in quanto tali, sono meritevoli della più ampia tutela.



## *Airbus vs Boeing: tra i due litiganti il terzo gode*

di Marco Buccarella

**Title:** *Airbus vs Boeing*: between two litigants the bystander enjoys

**Keywords:** World Trade Organization; Boeing; Airbus.

1. – Con il rapporto in epigrafe l'Organo d'appello (*Appellate Body*) dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) o *World Trade Organization* (WTO), competente a decidere sulle sole questioni di diritto relative alle decisioni di primo grado emanate dai c.d. *panels*, è tornato a pronunciarsi in merito alla nota vicenda *Boeing-Airbus* che vede contrapposti, in un'accesa disputa commerciale, USA e Unione Europea.

Il rapporto ha accertato che gli Stati Uniti non hanno ritirato le sovvenzioni concesse dalle proprie autorità federali, statali e locali all'industria aerospaziale *Boeing*, contrariamente a quanto richiesto in precedenza dal *panel* al fine di annullare il danno causato da tali sussidi ad *Airbus*. L'Organo di appello, ponendo fine ad un procedimento di conformità atto a verificare la compatibilità dei provvedimenti USA rispetto alle raccomandazioni dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, ha quindi confermato la posizione dell'UE secondo cui gli Stati Uniti non hanno adottato alcun tipo di misura per conformarsi all'Accordo sulle sovvenzioni e sulle misure compensative (detto, in breve, Accordo SCM, da *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*), vigente tra i Paesi membri dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

La recente pronuncia dell'Organo di appello, dunque, si colloca nell'ambito dell'annosa disputa commerciale scaturita dalle accuse incrociate di USA e UE e relativa alle sovvenzioni che le due potenze economiche avrebbero illegittimamente erogato a favore delle rispettive industrie aerospaziali, ossia *Boeing* e *Airbus*. Stando alle denunce presentate dai due Paesi all'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC (il *Dispute Settlement Body* o DSB), infatti, le sovvenzioni sarebbero state adottate in violazione dell'Accordo SCM.

2. – Per comprendere appieno l'importanza e il contenuto del recente rapporto divulgato dall'Organo di appello nell'ambito della controversia *Boeing-Airbus*, è opportuno procedere innanzitutto con una sintetica disamina della disciplina, prevista dall'OMC, in merito alle sovvenzioni e alle misure compensative.

Dunque, secondo quanto previsto dall'articolo 1 dell'Accordo SCM, si considera che sussiste una sovvenzione qualora un Governo accordi un contributo finanziario, attraverso una delle forme esplicitamente richiamate dalla norma, o venga posta in essere una qualsivoglia forma di sostegno al reddito o ai prezzi, ai sensi dell'art. XVI GATT 1994 e sia quindi conferito un vantaggio. Dalla formulazione dell'art. 1, par. 1 dell'Accordo emerge chiaramente che entrambi gli elementi — il contributo finanziario

del Governo e il vantaggio per il beneficiario — debbano sussistere affinché una data misura possa essere qualificata come una sovvenzione.

Inoltre, poiché, secondo quanto previsto dall'art. 1.2, sono sottoposte ai regimi restrittivi e sanzionatori dell'Accordo SCM solo le sovvenzioni cd. specifiche, la nozione di "specificità" assume nell'Accordo un significato decisivo ai fini dell'applicazione del regime giuridico delle sovvenzioni (v., per un'analisi più approfondita, Horlik G. N., Clarke P. A., *The 1994 WTO Subsidies Agreement*, in *The World Competition*, vol. 17, n. 4, 1994). La sovvenzione è specifica, ai sensi dell'art. 2 dell'Accordo, quando è destinata ad una singola impresa, a un singolo settore di produzione oppure a gruppi di imprese o settori di produzione comunque determinati tra quelli situati nell'ambito di giurisdizione dell'autorità che la concede. La nozione di specificità è quindi utilizzata per distinguere i cd. aiuti indifferenziati, ossia gli interventi statali di portata generale, dalle misure che invece tendono a favorire soltanto determinate imprese o specifici settori. L'elemento di specificità di cui all'articolo 2, infatti, ha una *ratio* ben precisa: sottoporre ai regimi restrittivi e sanzionatori dell'Accordo solo le sovvenzioni che, agevolando alcune imprese o alcuni settori rispetto ad altri, provochino in concreto una distorsione del commercio internazionale (v., in merito, Benitah M., *The Law of Subsidies under the GATT-WTO System*, Kluwer, The Hague, 2001, p. 89). Distinguere agevolmente tra sovvenzioni specifiche e non specifiche, tuttavia, è possibile solo nel caso in cui l'autorità concedente riservi esplicitamente l'accesso ad una sovvenzione a determinati soggetti. In alternativa, le sovvenzioni possono risultare specifiche anche in via di fatto, ovvero in presenza di condizioni di accesso al beneficio economico che appaiono *prima facie* oggettive, ma che in realtà celano favoritismi e parzialità (P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, 238-241).

Tra le sovvenzioni specifiche, poi, l'articolo 3 dell'Accordo distingue le sovvenzioni all'esportazione da quelle condizionate all'uso preferenziale di merci nazionali. Le prime sono definite come "sovvenzioni condizionate, di diritto o di fatto, singolarmente o nel quadro di altre condizioni generali, ai risultati dell'esportazione", mentre le seconde sono quelle "condizionate, singolarmente o nel quadro di altre condizioni generali, all'uso preferenziale di merci nazionali rispetto a prodotti importati". Entrambe le categorie sono vietate di per sé: ciò significa che uno Stato membro che voglia denunciarne l'illegittimità dinanzi al *Dispute Settlement Body* dell'OMC sarà tenuto solo a provarne l'esistenza. Le sanzioni, in tal caso, scatteranno non appena le sovvenzioni saranno effettivamente riconosciute come tali, a prescindere dall'esistenza di un eventuale pregiudizio. Invece, nel caso delle altre tipologie di sovvenzioni, non previste dall'art. 3 bensì dall'art. 5, è necessario dimostrare gli effetti pregiudizievoli da esse derivanti. Nello specifico, tali pratiche di sovvenzionamento possono essere distinte in due sottocategorie, soggette ad un regime giuridico più o meno rigoroso: in alcuni casi il grave pregiudizio è presupposto fino a prova contraria da parte dello Stato che eroga la sovvenzione, in altri è lo Stato leso a dover fornire prova analitica del grave pregiudizio. Più in generale, quindi, entrambe le due sottocategorie di sovvenzioni sono "passibili di azione legale" se idonee a provocare "effetti pregiudizievoli per gli interessi di altri Membri". Infine, subito dopo le sovvenzioni vietate e quelle passibili di azione legale, la Parte IV dell'Accordo è dedicata a quelle sovvenzioni non vietate né tanto meno soggette ad azione legale, in quanto non specifiche o, seppur tali, rispondenti a obiettivi di particolare rilevanza sociale (volte a fornire assistenza alla ricerca, aiuto alle regioni sfavorite o assistenza all'adeguamento degli impianti produttivi rispetto alle nuove normative ambientali). Tali sovvenzioni, per essere considerate lecite, devono rispettare una serie di condizioni e requisiti predeterminati, volti soprattutto a definire dei limiti quantitativi entro cui permettere l'aiuto statale e garantire, rispetto alla modalità di erogazione dell'aiuto, la reale

rispondenza dello stesso agli obiettivi dichiarati (P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., 244).

La caratteristica peculiare della normativa dell'Accordo SCM, dunque, è quella di aver graduato il regime giuridico proprio di ogni categoria di sovvenzioni, comprensivo dei mezzi di ricorso nonché del sistema di contromisure utilizzabili, in relazione alla gravità dei possibili effetti pregiudizievoli delle stesse per gli Stati terzi (v., per un'analisi più approfondita, Benitah, *Fondements juridiques du traitement des subventions dans les systems GATT & OMC*, Genève, 1998). L'Accordo, in origine, prevedeva infatti una ripartizione delle sovvenzioni ispirata al cd. sistema del semaforo (*traffic-light approach*). Le sovvenzioni erano state suddivise in tre diverse categorie: sovvenzioni specifiche di cui all'art. 3 dell'Accordo e quindi illegittime di per sé (luce rossa); sovvenzioni specifiche ma prive delle caratteristiche elencate dell'art. 3, in grado di provocare un "grave pregiudizio" a un Paese membro dell'OMC e pertanto c.d. passibili di azione legale (luce gialla); sovvenzioni non passibili di azione legale (luce verde). L'obiettivo di tale ripartizione era, come detto, quello di differenziare il regime giuridico applicabile alle diverse misure economiche in funzione dell'impatto che ogni specifica tipologia di sovvenzione avrebbe avuto sul commercio internazionale. Tale ripartizione, tuttavia, era stata prevista dall'Accordo con una scadenza temporale predeterminata; infatti, secondo quanto previsto dall'art. 31, le norme sulle sovvenzioni non passibili di azione legale (articoli 8 e 9) sarebbero dovute essere applicate solo per cinque anni dall'entrata in vigore dell'Accordo SMC, salvo proroga. Pertanto, dal momento che non è stato trovato un accordo sulla proroga della disciplina delineata nell'art. 8, ad oggi risultano applicabili esclusivamente le norme relative alle sovvenzioni vietate e a quelle passibili di azione legale.

3. – Ciò premesso, volendo tracciare una cronistoria degli eventi che hanno portato alla nascita della controversia *Boeing-Airbus* e quindi al rapporto in epigrafe, bisogna innanzitutto risalire al 1992, allorquando gli Stati Uniti e l'allora Comunità europea, proprio al fine di evitare l'insorgere di controversie commerciali, hanno stabilito, in un accordo bilaterale conosciuto come *The 92 EU-US Agreement*, forme e limiti del sostegno economico dei Governi alle rispettive industrie aerospaziali nonché precisi obblighi di trasparenza tra le parti. Tuttavia, mentre l'UE si è in un primo momento dimostrata rispettosa degli impegni assunti, gli Stati Uniti hanno da subito violato le condizioni pattuite, sia in termini di importi che di tipologie di sussidi ammessi, con l'approvazione, poco tempo dopo la conclusione dell'Accordo del 1992, del cd. *Boeing Incentive Package*. Detta espressione è utilizzata per identificare l'insieme di sovvenzioni concesse dallo Stato di Washington, pari a oltre 3 miliardi di dollari, per la realizzazione del modello *Boeing 787* e di altri velivoli commerciali dell'industria aerospaziale USA.

Gli Stati Uniti, nonostante in realtà siano stati i primi ad adottare provvedimenti contrari all'Accordo del 1992, il 6 ottobre 2004 hanno depositato, presso l'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, una domanda di consultazione (ai sensi dell'art. 4 del *WTO Dispute Settlement Understanding*) volta a stabilire se i sussidi concessi dall'UE ad *Airbus* avessero danneggiato o meno i costruttori statunitensi e se fossero quindi compatibili con le norme sul commercio internazionale. In particolare, gli Stati Uniti hanno accusato Germania, Francia, Regno Unito, Spagna e, di conseguenza, l'Unione europea di concedere ad *Airbus* delle sovvenzioni — consistenti nei prestiti agevolati concessi dalla Banca Europea per gli Investimenti, nel finanziamento di programmi di ricerca per la realizzazione e la progettazione di aerei civili di grandi dimensioni come l'*A380*, nella copertura dei debiti accumulati dall'allora *Deutsche Airbus* e nella partecipazione al capitale della società da parte degli Stati membri e dell'UE — incompatibili con la normativa dell'OMC. L'Unione europea, dal canto suo, anche in ragione del fatto che alcune delle sovvenzioni denunciate dagli USA

erano state oggetto di espresse previsioni rientranti nell'ambito dell'Accordo del 1992, ha tuttavia instaurato un giudizio parallelo, depositando una diversa domanda di consultazioni atta a verificare la compatibilità con le norme dell'OMC dei sussidi concessi all'industria aerospaziale *Boeing* dalle autorità federali, statali e locali degli USA.

Dalle domande di consultazioni depositate da Stati Uniti e Unione europea sono derivate, rispettivamente, due controversie parallele, entrambe instaurate dinanzi all'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC: il caso *Airbus* (DS316, *European Communities and Certain member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*) e il caso *Boeing* (DS353: *United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*). Ad oggi la Commissione europea, per conto di quattro Stati membri (Francia, Germania, Regno Unito e Spagna) e con il sostegno dell'industria *Airbus*, rappresenta l'UE dinanzi al DSB, mentre il Rappresentante per il commercio degli Stati Uniti d'America (*United States Trade Representative* o, abbreviato, USTR) si sta occupando, con il pieno supporto di *Boeing*, della controversia avviata contro gli Stati Uniti.

4. – Prima di approfondire gli aspetti principali del caso DS353 nonché del rapporto dell'Organo di appello del 28 marzo 2019, è opportuno, per completezza, soffermarsi brevemente anche sulla controversia che ha visto protagonista l'industria aerospaziale *Airbus*.

Nel caso DS316 è stato confermato, dapprima con la decisione del *panel* e poi con quella dell'*Appellate Body*, che alcune sovvenzioni erogate dall'UE e da alcuni Governi europei in favore di *Airbus* erano contrarie all'art. 5 lettera c) dell'Accordo SCM e avevano pertanto pregiudicato gli interessi dell'industria aerospaziale statunitense *Boeing*. Come riportato nel rapporto dell'Organo di appello divulgato il 18 maggio 2011 (WT/DS316/AB/R, *Report of the Appellate Body, European Communities and Certain Member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, AB-2010-1*, in *wto.org*), sono stati ritenuti illegittimi, principalmente, i sistemi di finanziamento (noti come *Launch Aid* o *Member State Financing*) approvati da Francia, Germania, Spagna e Regno Unito per lo sviluppo dei modelli A300, A310, A320, A330/A340, A330-200, A340-500/600 e per l'implementazione del progetto A380 LCA (*Light Combat Aircraft*). Tra le sovvenzioni rilevate dall'Organo di appello, dunque, rientrano alcune partecipazioni azionarie da parte del Governo francese e tedesco in società riconducibili ad *Airbus*, nonché specifiche concessioni aventi ad oggetto infrastrutture (come, ad esempio, la locazione di terreni nel sito industriale di Mühlenberger Loch ad Amburgo, il diritto all'utilizzo in via esclusiva e privilegiata di una delle piste più lunghe dell'aeroporto di Brema e infine le diverse sovvenzioni regionali concesse dalle autorità tedesche e spagnole). Il DSB, adottando il rapporto del *panel* così come rettificato dalla decisione dell'*Appellate Body*, ha pertanto confermato che il principale effetto delle sovvenzioni concesse a *Airbus* è stato quello di ridurre, quasi nella totalità, il numero delle esportazioni di LCA *Boeing* (a corridoio singolo e a corridoio doppio) in UE, Cina, Corea e Australia. Difatti, secondo quanto accertato dal DSB, le sovvenzioni ad *Airbus* avrebbero causato un notevole calo delle vendite di LCA *Boeing* proprio in quei mercati in cui esisteva la concorrenza del *competitor Airbus* con i modelli A320 (*Air Asia, Air Berlin, Czech Airlines* e *EasyJet*), A340 (*Iberia, South African Airways* e *Thai Airways International*) e A380 (*Emirates, Qantas* e *Singapore Airlines*).

L'UE, dunque, per ottemperare alle raccomandazioni dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, ha intrapreso nel 2011 una serie di azioni con il dichiarato obiettivo di rimuovere gli effetti, derivanti dalle sovvenzioni, lesivi degli interessi USA. Nonostante ciò, tuttavia, il 9 dicembre 2011, gli Stati Uniti hanno avviato la procedura di riesame, prevista dall'art. 21.5 (*Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings*) del DSU, al fine di verificare se le misure in concreto adottate dell'UE



ottemperassero alle raccomandazioni del DSB. Il conseguente procedimento di conformità, conclusosi il 15 maggio 2018 con il rapporto dell'Organo di appello (WT/DS316/AB/RW, *Report of the Appellate Body, European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, AB-2016-6*, in *WTO.org*), ha, da un lato, confermato che *by continuing to be in violation of Articles 5(c) and 6.3(a), (b) and (c) of the SCM Agreement the European Union and certain member States have failed to comply with the DSB recommendations and rulings and the obligation under Article 7.8 of the SCM Agreement*, ma, dall'altro, ha riconosciuto che le sovvenzioni *expired* prima del 1° giugno 2011 (ossia prima della data in cui è stato formalmente richiesto all'UE di rispettare le raccomandazioni e le decisioni assunte dal DSB nella controversia principale) hanno di fatto cessato di produrre effetti e, pertanto, non potevano essere oggetto d'indagine nel procedimento di conformità.

Parallelamente allo svolgersi della controversia principale, gli Stati Uniti, in considerazione dei persistenti danni procurati a *Boeing* nei settori dei velivoli *single aisle* (a corridoio singolo, i.c.d. *narrow-body*), *twin-aisle* (a corridoio doppio, i.c.d. *wide-body*) e *Very Large Aircraft* e derivanti dalle sovvenzioni UE, avevano richiesto al DSB, come previsto dall'art. 22 (*Compensation and the Suspension of Concessions*) del *Dispute Settlement Understanding* e dall'art. 7.9 dell'Accordo SCM, l'autorizzazione all'applicazione di contromisure contro l'UE. Anche questo sub-procedimento, iniziato nel 2011 e sospeso nel 2012 per accordo di entrambe le parti, è stato però riassunto il 15 maggio 2018, su richiesta degli USA e a seguito della pronuncia dell'Organo di appello in merito alla questione principale.

Infine, nel concludere questo breve *excursus* relativo al caso DS316, bisogna aggiungere che l'Unione europea, il 31 luglio 2018, ricorrendo a sua volta alla procedura di riesame prevista dall'art. 21.5 del DSU, ha richiesto l'istituzione di un *panel* per verificare la conformità delle misure adottate rispetto alle decisioni assunte dal DSB nonché agli accordi OMC. Tuttavia, nell'impossibilità di ricostituire il gruppo di esperti originario a causa dell'indisponibilità di due suoi membri, il cd. *compliance panel* si è insediato solo nel settembre 2018 e il suo Presidente ha già informato il DSB che, data la complessità della controversia, il lavoro non sarà completato prima della fine del 2019.

L'analisi di cui sopra, relativa agli aspetti principali della controversia DS316, risulta fondamentale per comprendere appieno l'importanza del rapporto del 28 marzo 2019, emanato dall'Organo di appello nell'ambito del parallelo caso DS353. Come detto, infatti, la decisione conclusiva del caso DS316 ha sì confermato l'illegittimità delle sovvenzioni UE, ma anche riconosciuto che gli effetti dei sussidi precedenti al 2011 sono venuti meno prima del cd. *implementation period* e che, pertanto, *the European Union had no compliance obligation with respect to these subsidies*. Siffatta decisione, una sorta di *win-win*, è stata dapprima accolta positivamente da entrambe le parti, salvo poi diventare la causa scatenante sia di un nuovo *compliance proceeding* (art. 21.5 del DSU) attivato dall'UE, sia di una riassunzione, richiesta dagli USA, del procedimento previsto dall'art. 22 del DSU (*Compensation and the Suspension of Concessions*).

È quindi in questo clima conflittuale, esacerbato dalle minacce di nuovi dazi paventate da D. J. Trump nella scorsa estate, che si inserisce la nuova decisione dell'Organo di appello nel caso DS353.

5. – La controversia DS353 è sorta a seguito della richiesta di consultazioni, depositata dall'allora Comunità europea, in merito alla violazione, da parte degli USA, degli articoli 3, 5 (a), 5 (c), 6.3 (a), 6.3 (b) e 6.3 (c) dell'Accordo SCM e dell'Articolo III par. 4 del GATT 1994. Detta violazione derivava, secondo la CE, dall'erogazione, nel periodo compreso tra il 1989 e il 2006, di sovvenzioni federali, statali e locali per un complessivo

ammontare di 6 miliardi di dollari, da parte degli Stati Uniti in favore dell'industria *Boeing*, destinati, in particolare, a finanziare la produzione e la vendita del velivolo *Large Civil Aircraft* (LCA).

I sussidi concessi dagli USA a *Boeing*, ritenuti illegittimi dalla Comunità europea perché incompatibili con l'Accordo SCM, comprendevano sovvenzioni di vario genere riconosciute a *Boeing* dalle autorità federali, statali e locali statunitensi e derivanti da finanziamenti e concessioni governative, dallo sfruttamento gratuito dei diritti di proprietà intellettuale, dal sostegno economico ai programmi di ricerca e sviluppo (c.d. R&D) nonché da accordi conclusi con la *National Aeronautics and Space Administration* (NASA), con il Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti (USDOD) e con il Dipartimento del Commercio.

Nello specifico, l'accusa rivolta agli USA aveva ad oggetto:

- 1) i numerosi incentivi fiscali e non fiscali forniti dallo Stato di Washington e dalla città di Everett;
- 2) l'esonero, concesso dalla città di Wichita, dal pagamento delle tasse sul diritto di proprietà e sulle vendite;
- 3) gli incentivi fiscali e non fiscali assicurati dallo Stato dell'Illinois, dalla città di Chicago e dalla contea di Cook per il trasferimento delle sedi legali e operative di *Boeing* nei rispettivi territori;
- 4) le agevolazioni, i finanziamenti e l'accesso autorizzato alle strutture e alle attrezzature del Governo statunitense concessi nell'ambito di specifici accordi e programmi di ricerca e sviluppo federali (*Research and development agreement*, c.d. R&D) conclusi da *Boeing*, separatamente, con la NASA, con il DOD (*Department of Defense*) e con il DOC (*Department of Commerce*);
- 5) le 787 borse di formazione per dipendenti *Boeing* garantite dal *Department of Labor*;
- 6) gli esoneri e le agevolazioni fiscali derivanti dall'applicazione della normativa relativa alle società di vendita estere (FSC, da *Foreign Sales Corporation*) e dalla legge extraterritoriale sull'esenzione dal reddito (ETI, da *ExtraTerritorial Income*).

2306

La richiesta di consultazioni del 27 giugno 2005, atto prodromico all'instaurazione del giudizio di primo grado dinanzi al *panel* (art. 4 del *Dispute Settlement of Understanding*), è stata seguita dal rapporto del gruppo di esperti, pubblicato il 31 marzo 2011, e successivamente da quello dell'Organo di appello, divulgato invece il 21 marzo 2012. Il DSB, dunque, il 23 marzo 2012 ha adottato formalmente i due rapporti, alla luce delle modifiche intervenute a seguito della conclusione del giudizio di secondo grado, e ha pertanto concluso il procedimento di merito.

Volendo ora procedere con una sintesi dei punti focali delle decisioni del DSB, bisogna sottolineare che il *panel*, all'esito del procedimento, ha innanzitutto confermato l'illegittimità, ai sensi dell'art. 3.1 (a) dell'Accordo SCM, dei sussidi garantiti a *Boeing* in ragione della sua qualità di *Foreign Sales Corporations* (FSC). A tal riguardo occorre precisare che una FSC, per l'ordinamento statunitense, non è altro che una società creata, organizzata e gestita in un Paese straniero cd. *qualified* o comunque sottoposto al controllo degli USA, così come previsto dalle sezioni 921-927 dell'*US Internal Revenue Code*. A tali società, infatti, sono riconosciute esenzioni fiscali su una parte dei profitti (*foreign trade income*), ovverosia su quella parte di reddito derivante da *foreign trading gross receipts*. Nella maggior parte dei casi, però, le FSC non sono altro che società aventi sede legale in un cd. *tax haven* (come le Virgin Islands, Barbados o Guam) e utilizzate dalle aziende statunitensi come "veicolo di esportazione", quindi come copertura, per ottenere ingenti esenzioni o riduzioni fiscali sui redditi percepiti. Gli USA, d'altro canto, giustificano tali esenzioni sulla base del fatto che il reddito derivante da "fonti estere" non risulta, di fatto, collegato alle attività svolte nel territorio degli

Stati Uniti ed è pertanto legittimo prevedere un regime fiscale differenziato e agevolato. Tuttavia, nonostante la legge statunitense abbia imposto il rispetto di tassative condizioni ai fini del riconoscimento dello *status* di FSC (tra cui, ad esempio, l'apertura di un conto bancario al di fuori degli USA o la presenza di almeno un amministratore della società che non sia cittadino statunitense), il gruppo di esperti ha ritenuto che, nel caso in esame, le esenzioni fiscali riconosciute a *Boeing* fossero in concreto *subsidies contingent, whether solely or as one of several other conditions, upon export performance* (art. 3.1 Accordo SCM). La condanna di tali misure, unitamente al rigetto da parte del DSB del ricorso CE in merito alle agevolazioni fiscali concesse a *Boeing* dallo Stato di Washington per il periodo 2006-2024, rappresentano le uniche due conclusioni del *panel* che non sono state appellate.

Sorte diversa è invece toccata alle valutazioni del gruppo di esperti, effettuate sulla base degli articoli 5 (c) e 6.3 dell'Accordo SCM, relative all'esistenza del pregiudizio grave concretizzatosi nella perdita delle vendite per *Airbus*. L'Organo di appello, infatti, ha sì concordato con il *panel*, sebbene per ragioni diverse, sul fatto che le misure della NASA e del Dipartimento di Difesa hanno permesso a *Boeing* di lanciare anzitempo sul mercato il modello 787 (causando una contrazione dei prezzi nonché significative perdite, per *Airbus*, nelle vendite in Australia, Islanda, Kenya e Etiopia), ma ha altresì aggiunto che tali misure risultano responsabili di *significant lost sales* per *Airbus* soltanto in due specifiche campagne di vendita riguardanti i velivoli LCA (*Light Combat Aircraft*) da 100-200 posti. Inoltre l'Organo d'appello, dopo aver effettuato una valutazione collettiva anche su due gruppi di sussidi definiti come *remaining subsidies* e *tied tax subsidies*, ha rilevato che l'emissione di *industrial bond* da parte della città di Wichita, realizzata per finanziare l'attività di *Boeing*, ha contribuito a causare un serio pregiudizio ad *Airbus* nel mercato dei velivoli LCA (*Light Combat Aircraft*) da 100-200 posti. Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 6.3 (c) dell'Accordo SCM, possono essere ritenuti causa di *serious prejudice* proprio quei sussidi statali, come sono per l'appunto gli *industrial bond*, utilizzati per coprire le perdite di un'impresa. Non rientrano ovviamente in questa categoria le misure cd. *una tantum*, ovvero sia quei sussidi che, per definizione, non sono concessi ciclicamente nel tempo e sono invece impiegati per raggiungere obiettivi "a lungo termine" di interesse comune nonché per evitare *acute social problems*.

Infine, con riguardo a quanto previsto dall'art. 4.7 (*if the measure in question is found to be a prohibited subsidy, the panel shall recommend that the subsidizing Member withdraw the subsidy without delay*) e dall'art. 7.8 (*where a report is adopted in which it is determined that any subsidy has resulted in adverse effects to the interests of another Member... the Member granting or maintaining such subsidy shall take appropriate steps to remove the adverse effects of shall withdraw the subsidy*) dell'Accordo SCM, sia il *panel* che l'Organo di appello, riscontrando che le raccomandazioni relative ad una controversia precedente erano rimaste operative e non erano state appellate (*DS108 — United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"*), non hanno elaborato nuove prescrizioni, ma hanno semplicemente rinviato alle raccomandazioni già rivolte agli USA per le sovvenzioni FSC concesse a *Boeing*.

A seguito della pronuncia di secondo grado, gli USA, il 13 aprile 2012, hanno dichiarato che avrebbero dato seguito alle decisioni del DSB nonché rispettato gli obblighi OMC e pertanto, il 24 aprile 2012, Unione europea e Stati Uniti hanno informato il DSB di aver individuato, nel rispetto delle procedure previste dall'art. 21 (*Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings*) e 22 (*Compensation and the Suspension of Concessions*) del DSU e dall'art. 7 (*Remedies*) dell'Accordo SCM, un *reasonable period of time* entro cui si sarebbe verificata la c.d. *implementation* delle sue raccomandazioni.

Il 23 settembre 2012, nel giorno in cui scadeva il termine massimo di sei mesi per adempiere alle prescrizioni del DSB (art. 7.9 dell'Accordo SCM), gli USA hanno

dichiarato, nel rispetto delle norme OMC, di aver ritirato tutte le sovvenzioni e di averne rimosso i pregiudizievoli effetti derivanti. L'Unione europea, tuttavia, non concordando sull'effettiva conformità rispetto all'Accordo SCM delle misure prese dagli Stati Uniti per ottemperare alle raccomandazioni del DSB, l'11 ottobre 2012 ha richiesto, ai sensi dell'art. 21.5 del DSU, la costituzione di un cd. *compliance panel*.

Il lungo lavoro condotto dal gruppo di esperti, composto dagli stessi membri del *panel* nominato nella controversia originaria, si è concluso il 9 giugno 2017 con un rapporto che ha confermato sia la persistente violazione da parte degli USA degli articoli 5(c) e 6.3 (a)(b)(c) dell'Accordo SCM che la non conformità delle misure statunitensi rispetto alle raccomandazioni e alle decisioni assunte dal DSB.

Il rapporto del *panel* è stato successivamente impugnato, da entrambi gli Stati, nell'estate del 2017, ma l'Organo di appello, in ragione della complessità dei *compliance proceedings*, ha concluso il suo lavoro solo nel mese di marzo 2019. La decisione di secondo grado relativa al procedimento di conformità, infatti, è stata divulgata tra i Paesi membri dell'OMC solo il 28 marzo 2019 (WT/DS353/AB/RW, *Report of the Appellate Body, United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, Recourse to article 21.5 of the DSU by the European Union, AB-2017-4*, in *wto.org*).

L'Organo d'appello si è definitivamente pronunciato sia in merito ad alcune questioni giuridiche e interpretative legate alle sovvenzioni statunitensi (*findings regarding the measures at issue*), sia sui pregiudizievoli effetti da esse derivanti (*findings regarding adverse effects*).

In merito alla prima questione, dunque, il detto rapporto ha innanzitutto fornito chiarimenti sulla natura giuridica delle esenzioni fiscali garantite dagli USA alle società estere (FSC, da *Foreign Sales Corporation*) o produttrici di reddito "extraterritoriale" (ETI, da *ExtraTerritorial Income*). Stando a quanto statuito dall'Organo di appello, infatti, tali misure sono da considerarsi sovvenzioni ai sensi dell'art. 1.1(a)(1)(ii) dell'Accordo SCM, in quanto, di fatto, rappresentano entrate statali, *ex lege* dovute, a cui il Governo ha rinunciato (*foregone*) o che non ha riscosso (*not collected*). Il problema interpretativo è nato proprio in relazione all'espressione, rinvenibile nel citato articolo, *government revenue that is otherwise foregone*, poiché, per i giudici di secondo grado, *for revenue to be considered "foregone" under Article 1.1(a)(1)(ii) of the SCM Agreement, a government must relinquish an entitlement to raise revenue*. Quindi, secondo l'Organo di appello, per determinare se un'entrata statale sia stata oggetto di rinuncia (*foregone*) da parte del Governo è necessario, nella valutazione, concentrarsi esclusivamente sulla condotta del Governo e non, come ha erroneamente fatto il *panel*, sul concreto utilizzo delle esenzioni fiscali da parte delle società beneficiarie. Sulla scorta di queste considerazioni, i giudici di secondo grado hanno confermato che *Boeing*, anche nel cd. *post-implementation period*, ha ricevuto concessioni fiscali FSC/ETI. Sempre con riferimento alle questioni interpretative legate alle sovvenzioni statunitensi, il rapporto del 28 marzo 2019 ha inoltre sottolineato che costituiscono misure illegittime, per il sistema OMC, anche i contratti di concessione e finanziamento conclusi da *Boeing* con il DOD (*Department of Defense*) degli Stati Uniti nonché alcuni altri sussidi garantiti dalla South Carolina e dalla Città di Wichita.

Con riguardo, invece, ai *continuing adverse effects* causati dalle sovvenzioni statunitensi, l'Organo di appello chiarito che, come già sostenuto dal *panel*, gli effetti dei sussidi R&D forniti a *Boeing* dagli USA prima del 2007 non hanno interessato il cd. *post-implementation period* e non hanno comportato, come invece lamentato dall'Unione europea, un serio pregiudizio per la vendita dei modelli *Airbus A330* e *A350XWB*. Inoltre, i giudici dell'*Appellate Body* hanno poi confermato che l'esenzione concessa a *Boeing* dal pagamento della cd. *tied tax business and occupation* (B&O), una tassa esistente nello Stato di Washington, ha permesso all'industria statunitense di ridurre il prezzo di vendita del velivolo *Large Civil Aircraft* a corridoio singolo, causando *significant lost*

*sales* e potenziali minacce per *Airbus* in ben cinque campagne di vendita, identificate dall'organo giudicante come *particularly price-sensitive*.

Infine, l'Organo di appello ha fornito un importante chiarimento in merito allo standard legale richiesto per verificare la sussistenza del rapporto di causalità tra le sovvenzioni e gli effetti derivanti. I giudici, infatti, hanno annullato la decisione del *panel*, secondo cui l'UE avrebbe dovuto provare il rapporto di causalità che legava le sovvenzioni USA all'effettiva riduzione dei prezzi di vendita dei velivoli LCA di *Boeing*, e hanno invece chiarito che, ai fini della determinazione del pregiudizio, coerentemente con quanto previsto dagli articoli 5 (*adverse effects*) e 6.3 (*serious prejudice*) dell'Accordo SCM, non è necessario dimostrare in concreto l'esistenza di un rapporto tra i sussidi cd. *cash flow* oggetto dell'indagine e la variazione dei prezzi dei velivoli.

In sintesi, al netto delle questioni giuridiche trattate, il rapporto dell'Organo di appello, adottato l'11 aprile dal DSB, ha dunque accertato il mancato adempimento da parte degli USA delle prescrizioni dell'Organo di risoluzione delle controversie, nonché, di conseguenza, la mancata rimozione delle sovvenzioni concesse.

6. – La recente decisione, relativa al procedimento di conformità avviato dall'UE nella controversia DS353, riveste una particolare importanza nel delicato quadro dei rapporti commerciali tra Unione europea e Stati Uniti. D'altronde, se già la discussa decisione del DSB del maggio 2018, relativa alla controversia DS316, aveva contribuito ad alimentare un clima di tensione tra USA e UE, la nuova pronuncia del DSB sembra aver definitivamente spezzato qualsiasi forma di equilibrio nei rapporti tra le due potenze. Infatti, sebbene il sostegno alle due industrie aerospaziali non sia mancato né da una parte né dall'altra, la dura reazione degli Stati Uniti alla nuova pronuncia dell'Organo di appello non si è fatta di certo attendere, così come non ha tardato ad arrivare il *tweet* di Donald J. Trump con cui è stata minacciata l'imposizione di nuovi dazi su moltissimi prodotti *made in UE*. Le parole del Presidente Trump sono poi state seguite, in un secondo momento, dall'annuncio del rappresentante per il Commercio USA (USTR) Robert Lighthizer di nuove tariffe su diversi prodotti importati dall'Unione europea, per un valore di circa 11 miliardi (*Initiation of Investigation; Notice of Hearing and Request for Public Comments: Enforcement of U.S. WTO Rights in Large Civil Aircraft Dispute*, in *Federal Register*, Vol. 84, No. 71, April 12, 2019, Notices, 15028-15036). Nel Registro Federale si legge che *the Trade Representative proposes to take action in the form of additional duties on products of the EU or certain member States* e che *the interagency Section 301 Committee is seeking public comments and will hold a public hearing in connection with the proposed determinations*. Quindi, esattamente come previsto dalla Sezione 301 del *Trade Act* del 1974, *the Interagency Section 301 Committee*, presieduto dall'USTR, ha elaborato e pubblicato sul Registro Federale l'elenco di prodotti UE a cui dovrebbero essere applicati i dazi, al fine di informare i cittadini (imprenditori, aziende e consumatori) delle possibili conseguenze derivanti da tali nuove imposizioni. Al pubblico, ossia alle imprese e ai lavoratori statunitensi che potrebbero essere danneggiati dai nuovi dazi, è tuttavia riconosciuta dalla legge statunitense la possibilità di manifestare le proprie perplessità sull'imposizione dei dazi, in forma scritta (*public comments*) o nell'ambito di un'audizione pubblica (*public hearing*); infatti, solo dopo aver analizzato e esaminato le opinioni pubbliche, il Comitato della Sezione 301 stilerà l'elenco definitivo dei prodotti a cui saranno applicati i dazi.

Bisogna sottolineare che la rigida presa di posizione assunta dagli USA all'indomani del nuovo rapporto dell'Organo di appello ha, di fatto, complicato il dialogo tra le due parti e pertanto anche l'UE, a seguito dell'annuncio statunitense, ha pubblicato una lista di merci statunitensi cui potrebbero essere applicati nuovi dazi (European Commission, *Information gathering under Article 9 of the EU Enforcement Regulation regarding planned EU commercial policy measures further to the adjudication of a*

*trade dispute with the United States on Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft under the WTO Dispute Settlement Understanding*, in *trade.ec.europa.eu*). Si tratta, però, di una lista soltanto preliminare, anche questa finalizzata ad avviare una consultazione ‘aperta’ al pubblico fino al 31 maggio 2019 e rivolta ai principali *stakeholders* che potrebbero essere danneggiati dalle misure programmate. D'altronde, la posizione dell'UE sembra restare quella del dialogo, così come confermato, in un comunicato del 17 aprile (European Commission – Press release, *WTO Boeing dispute: EU issues preliminary list of U.S. products considered for countermeasures*, Brussels, in *europa.eu*), dal Commissario europeo per il commercio Cecilia Malmström che ha testualmente affermato *we do not want a tit-for-tat*. L'UE, dunque, pur tutelando i suoi interessi attraverso l'avvio di una consultazione pubblica atta a proporre l'imposizione di nuovi dazi sui prodotti statunitensi, si è detta, attraverso le parole del Commissario Cecilia Malmström, “aperta al dialogo con gli USA, purché questo sia privo di precondizioni e miri pertanto ad una soluzione equa”. La lista diffusa dall'Unione europea è da interpretare come una sorta di piano B, da adottare nel caso in cui il dialogo con gli USA non porti a una soluzione della controversia.

L'aspetto paradossale dell'intera vicenda è che la disputa *Boeing-Airbus*, se non dovesse risolversi in tempi brevi, rischia di favorire l'affermazione, nel mercato mondiale degli aeromobili, di un terzo *competitor*, ossia l'azienda aerospaziale *Commercial Aircraft Corp of China Ltd* (meglio nota come *Comac*), società controllata dallo Stato cinese. Infatti, se già gli incidenti mortali che hanno coinvolto due aerei *Boeing 737 Max 8* in Etiopia (marzo 2019) e sul mar di Giava (ottobre 2018) hanno danneggiato gravemente l'immagine del costruttore statunitense, è indubbio che l'inasprimento del conflitto *Boeing-Airbus* e USA-UE agevolerebbe gli ambiziosi piani del Governo di Pechino, pronto a rendere la *Comac* un nuovo *global player* del mercato degli aeromobili. Quanto appena detto, dunque, costituisce un'ulteriore argomento a conferma della necessità di porre fine, quanto prima, alla controversia che coinvolge da anni Stati Uniti e Unione europea. Infatti, sebbene la minaccia cinese rappresenti oggi soltanto un potenziale pericolo per il duopolio di *Boeing e Airbus*, il Governo di Pechino, come si legge in uno studio pubblicato dall'Istituto di Ricerca *non profit* statunitense *Rand Corporation* (K. Crane, J. E. Luoto, S. W. Harold, D. Yang, S. K. Berkowitz, Xiao Wang, *The Effectiveness of China's Industrial Policies in Commercial Aviation Manufacturing*, 2014, in *www.rand.org*), sta comunque lavorando in diversi modi per convincere gli operatori stranieri ad acquistare gli aerei prodotti dalla propria industria e lo sta facendo, da un lato, attraverso un'opera di persuasione svolta da funzionari diplomatici che hanno collaborato con *Comac* per incoraggiare all'acquisto i vettori stranieri, e, dall'altro, con la promessa di prestiti e aiuti finanziari.

Quindi, dal momento che la Cina è impegnata nella costruzione del velivolo *C919* (un aereo a corridoio singolo che competerà sul mercato con il *Boeing 737 Max* e l'*Airbus 320 neo*) e collabora al contempo con la società russa *United Aircraft Corporation* per realizzare il modello *CRJ929* (un aereo a doppio corridoio idoneo a coprire le rotte più lunghe come Pechino-New York), Stati Uniti e Unione europea dovrebbero abbandonare le proprie velleità ed impedire, rinunciando ad applicare nuovi dazi sui prodotti rispettivamente importati, la deflagrazione di una *trade war*. La rivalità tra le due aziende dovrebbe pertanto lasciare spazio, *in primis*, ad una risoluzione bonaria della controversia e, *in secundis*, alla negoziazione di un nuovo accordo commerciale USA-UE sugli aeromobili civili.

La recente decisione dell'Organo di appello dell'OMC, opportunamente inserita nel complessivo quadro di informazioni che è emerso dall'analisi della disputa tra Stati Uniti e Unione europea, sembra suggerire alle parti di porre fine autonomamente, attraverso negoziati bilaterali, l'irrisolta questione. Proprio le controverse decisioni assunte negli anni dal DSB in merito al caso *Boeing-Airbus*, infatti, confermano la parziale inadeguatezza del meccanismo di soluzione delle controversie, in origine perla

e perno dell'OMC, dinanzi alle nuove sfide commerciali di cui spesso gli Stati Uniti si sono resi protagonisti (v., sul tema, G. Sacerdoti, *Lo stallo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio davanti alla sfida di Trump: difficoltà passeggera o crisi del multilateralismo?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2018; *id.*, *Multilateralismo in crisi? L'Organizzazione Mondiale del Commercio di fronte alla sfida di Trump*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2/2018).

La lunghezza e la complessità dei procedimenti principali, nonché dei rispettivi sub-procedimenti di conformità, sono indici della macchinosità e della lentezza con cui l'OMC si adoperava per la soluzione delle controversie commerciali internazionali. Infatti, nonostante siano trascorsi più di quindici anni dal deposito delle richieste di consultazioni, le decisioni del DSB, anziché risolvere la controversia, hanno di fatto esacerbato i rapporti tra USA e UE.

Oggi, mentre ci si domanda quali siano le prospettive future dell'OMC, quale perno di regole condivise per un commercio multilaterale non discriminatorio e quale foro idoneo ad affrontare nuove tematiche (G. Sacerdoti, *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un "global public good" da difendere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2019), si rafforza la certezza che solo un compromesso tra Stati Uniti e Unione europea, da raggiungere nell'ambito di una negoziazione bilaterale, potrà evitare una nuova guerra commerciale e porre fine all'interminabile vicenda di *Boeing* e *Airbus*.





## Hanno collaborato al presente fascicolo

Gianluca BELLOMO, Università degli Studi di Chieti e Pescara – Marco BUCCARELLA, Università degli Studi di Foggia – Maria Rosaria CALAMITA, Università degli Studi di Foggia – Francesco CAMPODONICO, Università degli Studi di Genova – Alessandro CAPROTTI, Università degli Studi di Firenze – Andrea CARBONE, Sapienza Università di Roma – Eleonora CECCHERINI, Università degli Studi di Genova – Laura DE GREGORIO, Università degli Studi di Firenze – Francesco DEANA, Università degli Studi di Udine – Maria DEL ÁNGEL IGLESIAS, Universidad Internacional de La Rioja – Fernanda FAINI, Affiliazione – Sofia FELICIONI, Università degli Studi di Perugia – Giuseppe Franco FERRARI, Università commerciale L. Bocconi – Nicolò FUCCARO, Università degli Studi di Genova – Francesco GALLARATI, Università degli Studi di Genova – Flavio GUELLA, Università degli Studi di Trento – Giacomo MANNOCCI, Università di Pisa – Claudio MARTINELLI, Università Bicocca di Milano – Luigi MELICA, Università degli Studi del Salento – Emilio MINNITI, Università Kore di Enna – Francesco MONCERI, Università di Pisa – Matteo MONTI, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa – Cristina OTTONELLO, Università degli Studi di Genova – Luca PALADINI, Università per Stranieri di Siena – Paola PAROLARI, Università degli Studi di Brescia – Francesca ROSA, Università degli Studi di Foggia – Lucia Giuditta SCIANNELLA, Università degli Studi di Teramo – Federico SPAGNOLI, Università di Pisa – Angioletta SPERTI, Università di Pisa – Elettra STRADELLA, Università di Pisa – Giovanna TIEGHI, Università degli Studi di Padova – Laura UCCELLO BARRETTA, Università di Pisa.





Il presente fascicolo è stato prodotto tra il 15 e il 21 ottobre 2019 e definitivamente caricato *online* alle ore 18 di tale ultimo giorno