

DPCE ONLINE



Direttore responsabile
Giuseppe Franco Ferrari

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

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

ISSN: 2037-6677

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

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

Comitato scientifico

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

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

Redazione

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

Redazioni territoriali

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

Indice dei contributi

EDITORIALE

- A. Ligustro**, *Trent'anni dalla caduta del Muro di Berlino: ricordi e riflessioni di un testimone* p. XI

SAGGI

- E. Baroncini**, *Resorting to Article 25 of the DSU to Overcome the WTO Crisis on the Appellate Body: The EU Proposal for an Interim Appeal Arbitration* p. 2313
- R. Casella**, *La riforma elettorale in Canada: la difficile ricerca di un'alternativa al "first-past-the-post system"* p. 2329
- A. Di Chiara**, *Verifica dei poteri ed immunità parlamentare degli eurodeputati indipendentisti catalani* p. 2355
- S. Gianello**, *Sul (possibile) utilizzo della CEDU come argine alle sistemiche violazioni dello Stato di diritto* p. 2373
- D. Granara, C. Fatta**, *L'accesso delle donne alla magistratura dall'Assemblea Costituente italiana alla prospettiva europea* p. 2403
- E.A. Grasso P. Rossi**, *Terzo settore e interesse generale in prospettiva comparatistica europea* p. 2425
- S. Haberl**, *Il giudice come legislatore? Lessons (to be) learned from the Bundesverfassungsgericht* p. 2439
- E.A. Imparato**, *I diritti della Natura e la visione biocentrica tra l'Ecuador e la Bolivia* p. 2455
- D. Mauri**, *Life Imprisonment Without Prospect of Release: Comparative Remarks from a Human-Rights Perspective* p. 2479
- L. Paladini**, *La cooperazione tra l'UNESCO e l'UE: aspetti istituzionali e materiali* p. 2497
- P. Pannia**, *Claiming cultural diversity in courts. Exploring judicial strategies to elude the "cultural question" in Italy and the UK* p. 2529
- V. Pepe**, *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità* p. 2559
- A. Sardu**, *La strategia di opposizione dell'Unione Europea all'arbitrato internazionale degli investimenti derivante da TBI intraunionali* p. 2581
- G. Vanz**, *Problemi aperti in tema di contraddittorio nei procedimenti di accertamento tributario nella prospettiva dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo* p. 2619
- M. Zamboni**, *Le corti supreme in Svezia: Da funzionari amministrativi a giudici "veri"?* p. 2637

SEZIONE MONOGRAFICA (I)

Wonderful India

- L. Colella**, *La “lenta transizione” verso la democrazia in Bangladesh: profili costituzionali delle ultime elezioni politiche* p. 2657
- C. Petteruti**, *Elezioni indiane 2019: la forma di governo parlamentare alla prova del fenomeno Modi* p. 2679
- G. Spanò**, *“Not an aberration but a variation of sexuality” 1. Considerazioni sull’apporto del diritto costituzionale (comparato e) “trasformativo” nel caso Navtej Singh Johar v. Union of India* p. 2699

SEZIONE MONOGRAFICA (II)

Parlamenti e Parlamentarismo nel Diritto Comparato – Edited by R. Tarchi

- V. Lubello**, *Mixed Electoral Systems as a Political Way Out: a Comparative Perspective* p. 2719
- S. Sassi**, *La partecipazione della società civile nei processi decisionali: il caso britannico e il caso ungherese* p. 2733
- S. Silioni**, *I codici di condotta per i parlamentari, tra diritto e politica* p. 2753
- S. Benvenuti**, *Parlamenti nazionali, legittimazione democratica e democrazia rappresentativa nell’Unione Europea* p. 2773
- C. Drigo**, *I parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea, fra partecipazione al decision-making process e coinvolgimento delle istanze territoriali* p. 2785
- B. Guastaferrero**, *Parlamenti, Corti e struttura territoriale dello Stato: il Regno Unito tra Brexit e devolution* p. 2807
- P. Ianni**, *I Parlamenti nazionali preferiscono dialogare con i propri Governi o con le Istituzioni europee?* p. 2823
- A.M. Russo**, *I “Parlamenti regionali” nel Multilayered Parliamentary system europeo: le relazioni interparlamentari attraverso la ‘lente’ del principio di sussidiarietà* p. 2837
- G. Delledonne**, *La legislazione elettorale come campo di tensione fra parlamenti e corti: riflessioni comparatistiche* p. 2869
- P. Piciacchia**, *Parlamenti e Corti nella tutela e nella promozione dei diritti umani: l’esperienza inglese dello Human Rights Act 1998 e della Joint Committee on Human Rights* p. 2883
- M.C. Locchi**, *Il Parlamento come specchio: la rappresentanza parlamentare delle minoranze religiose nel diritto comparato* p. 2905
- G. Milani**, *Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l’esperienza ungherese* p. 2917
- J. Paffarini**, *L’inchiesta Lava-Jato e l’instabilità governativa in America Latina. Verso una nuova frontiera del controllo parlamentare sui Presidenti?* p. 2935
- C. Petteruti**, *Il Parlamento nella forma di governo ipersemipresidenziale dello Sri Lanka* p. 2953

NOTE E COMMENTI

• Corte di giustizia dell’UE

- P. Addis**, *Suonala ancora Sam: la Corte di giustizia dell’Unione europea e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità sul posto di lavoro* p. 2969
- E. Ajmar**, *Deposizione testimoniale nel processo penale tra tutela della vittima e diritto alla difesa* p. 2983
- G. Bellomo**, *“Diritto all’oblio” e portata territoriale del “diritto alla deindicizzazione”: la Corte ridisegna i confini applicativi* p. 2987
- G. Bonerba**, *La deindicizzazione dei risultati di ricerca online: diritto all’oblio e libertà di informazione in una recente pronuncia della Corte di giustizia* p. 2995
- T. Cimmino**, *Direttiva sui servizi di media audiovisivi e misure nazionali di ordine pubblico* p. 3005

G. Mannocci , <i>Grandi appalti e subappalto. Illegittima l'esclusione da una gara per il superamento della percentuale del 30% dell'importo complessivo del contratto</i>	p. 3011
L. Marchesini , <i>Un'analisi diacronica della disciplina europea in materia di congedo parentale: la ricerca di una politica comune</i>	p. 3017
A. Marchetti , <i>La Corte di Giustizia si pronuncia sull'illegittimità della proroga di una concessione autostradale in assenza di una procedura di evidenza pubblica</i>	p. 3023
G. Nicolucci , <i>La riattivazione e la proroga del termine di disattivazione di centrali nucleari per esigenze ineluttabili di approvvigionamento di energia elettrica al cospetto delle procedure di valutazione ambientale</i>	p. 3033
C. Ottonello , <i>Uso effettivo del marchio e motivo legittimo al suo non utilizzo</i>	p. 3043
A. Perelli , <i>Infermità mentale, misure di sicurezza personale e garanzie del processo</i>	p. 3045
S. Pitto , <i>Il principio di precauzione e i pareri dell'EFSA come strumenti normativi contro l'incertezza scientifica: note a margine della decisione della Corte di Giustizia sul caso Xylella</i>	p. 3051
C. Regali Costa Do Amaral , <i>La feed-in tariff in UE: la Corte afferma la "non obbligatorietà" dei regimi di sostegno nella promozione delle energie rinnovabili</i>	p. 3057
M. Salerno , <i>Aiuti di Stato alle "società in house": fino a che punto i mercati locali sfuggono alle regole di concorrenza?</i>	p. 3067
M. Zinzi , <i>Il prelievo supplementare delle quote latte ed il problematico approccio dell'ordinamento italiano al principio del legittimo affidamento</i>	p. 3075
V. De Falco , <i>Intermittenze del giudicato e responsabilità per fatto del giudice: le tensioni con il diritto ungherese</i>	p. 3081

• Corte Europea dei Diritti Umani

M. Tomasi , <i>Il caso Pastörs v. Germany: un nuovo tassello nell'inquadramento delle multiformità del negazionismo in Europa</i>	p. 3089

• Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo

C. Cardinali , <i>Caso Girón y otro vs. Guatemala: the death penalty in Guatemala in the light of the recent IACHR's judgements</i>	p. 3105
N. Carrillo-Santarelli , <i>Prohibición de sancionar penalmente expresiones sobre asuntos de interés público e ilicitud de penas accesorias a sanciones ilegítimas</i>	p. 3115

• Corte Africana dei Diritti Umani e dei Popoli

M. del Ángel Iglesias , <i>Los Nubian y el derecho a una nacionalidad: las Decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y del Comité Africano de Expertos en los Derechos y Bienestar de los niños</i>	p. 3125

• Corti costituzionali e supreme

M. Bisi , <i>La Corte Suprema indiana riconosce il diritto di accesso di tutte le donne al tempio di Sabarimala</i>	p. 3131
C. Graziani , <i>Judicial Scrutiny on US Counter-Terrorism Databases: The Elhady Case</i>	p. 3139
A. Orlando , <i>Il third country transit bar al vaglio della Corte suprema tra separazione dei poteri e diritto di asilo</i>	p. 3149
N. Palazzo , <i>Political Gerrymandering: La porta è chiusa e l'aria è consumata</i>	p. 3157
A. Pin , <i>Non esiste la "pallottola d'argento": l'Artificial Face Recognition al vaglio giudiziario per la prima volta</i>	p. 3165
A. Torre , <i>"Serial Miller". Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse</i>	p. 3173

Contents

EDITORIAL

- A. Ligustro**, *Thirty years later. memories and reflections of a witness of the fall of the berlin wall* p. XI

ARTICLES

- E. Baroncini**, *Resorting to Article 25 of the DSU to Overcome the WTO Crisis on the Appellate Body: The EU Proposal for an Interim Appeal Arbitration* p. 2313
- R. Casella**, *The electoral reform in Canada: the difficult search for an alternative to the “first-past-the-post system”* p. 2329
- A. Di Chiara**, *Verification of powers and parliamentary immunity of Catalan independentist MEPs* p. 2355
- S. Gianello**, *On the (possible) use of the ECHR as a bulwark against systemic violations of the rule of law* p. 2373
- D. Granara, C. Fatta**, *The access of women to the judiciary from the Italian constituent assembly to the European perspective* p. 2403
- E.A. Grasso P. Rossi**, *Third Sector and General Interest in European Comparative Perspective* p. 2425
- S. Haberl**, *Judges as law-makers? Lessons (to be) learned from the Bundesverfassungsgericht* p. 2439
- E.A. Imparato**, *Rights of Nature and the biocentric perspective between Ecuador and Bolivia* p. 2455
- D. Mauri**, *Life Imprisonment Without Prospect of Release: Comparative Remarks from a Human-Rights Perspective* p. 2479
- L. Paladini**, *UNESCO-EU cooperation: contents and institutional aspects* p. 2497
- P. Pannia**, *Claiming cultural diversity in courts. Exploring judicial strategies to elude the “cultural question” in Italy and the UK* p. 2529
- V. Pepe**, *The constitutional transition of New Caledonia between autonomy, multiculturalism and identity protection* p. 2559
- A. Sardu**, *The EU opposition strategy against international investment arbitration deriving from Intra-EU BITs* p. 2581
- G. Vanz**, *Open problems in the matter of adversarial principle in tax assessment proceedings in the perspective of the relations between national and European legal systems* p. 2619
- M. Zamboni**, *Supreme courts in Sweden: From civil servants to “real” judges?* p. 2637

MONOGRAFIC SECTION (I)

Wonderful India

- L. Colella**, *The “slow transition” towards democracy in Bangladesh: constitutional profiles of the last political elections* p. 2657
- C. Petterutti**, *General Elections of India 2019: the parliamentary government system to the test of the Modi phenomenon* p. 2679
- G. Spanò**, *“Not an aberration but a variation of sexuality”. An insight on the impact of “transformative” constitutional (and comparative) law in the Navtej Singh Johar v. Union of India case* p. 2699

MONOGRAFIC SECTION (II)

Parliaments, parliamentarism and comparative law – *Edited by R. Tarchi*

- V. Lubello**, *Mixed Electoral Systems as a Political Way Out: a Comparative Perspective* p. 2719
- S. Sassi**, *The participation of civil society in the decision-making processes: the British and Hungarian case* p. 2733
- S. Sillioni**, *Codes of Conduct for Members of the Parliament (MPs), between Law and Politics* p. 2753
- S. Benvenuti**, *National Parliaments, democratic legitimization and representative democracy in the European Union* p. 2773
- C. Drigo**, *National Parliaments and the European integration process, between participation to the decision-making process and involvement of territorial institutions* p. 2785
- B. Guastaferrero**, *Parliaments, Courts and territorial structure of the State: the United Kingdom between Brexit and devolution* p. 2807
- P. Ianni**, *Do National Parliaments prefer to dialogue with their Governments or with European institutions?* p. 2823
- A.M. Russo**, *The “regional parliaments” in the European Multilayered Parliamentary system: the interparliamentary relations through the ‘lens’ of the principle of subsidiarity* p. 2837
- G. Delledonne**, *The electoral legislation as a field of tension between Parliaments and Courts: comparative reflections* p. 2869
- P. Piciacchia**, *Parliaments and Courts in protecting and promoting human rights: the English experience of the Human Rights Act 1998 and the Joint Committee on Human Rights* p. 2883
- M.C. Locchi**, *Parliament as a mirror: political representation of religious minorities in comparative perspective* p. 2905
- G. Milani**, *The Parliament and the Parliamentary System in the Illiberal Democracy: the Hungarian Experience* p. 2917
- J. Paffarini**, *The Lava-Jato investigation and the governmental instability in Latin America. Toward a new pattern of the parliamentary control over the Presidents?* p. 2935
- C. Petteruti**, *The Parliament in Sri Lanka hyper-semipresidentialism* p. 2953

NOTES AND COMMENTS

• Court of Justice of the EU

- P. Addis**, *Play it again Sam: The EU Court of Justice and the discriminations against persons with disabilities on the workplace* p. 2969
- E. Ajmar**, *Deposition in the criminal trial between victim protection and right to defence* p. 2983
- G. Bellomo**, *“Right to be forgotten” and territorial scope of the “right to de-referencing”: The Court draws the new borders* p. 2987
- G. Bonerba**, *The dereferencing of online search results: right to be forgotten and freedom of information in a recent decision of the Court of Justice* p. 2995
- T. Cimmino**, *Audiovisual media services Directive and national public policy measures* p. 3005
- G. Mannocci**, *Public procurement and sub-contracting. Illegal exclusion from a candidate for exceeding the percentage of 30% of the total amount of the contract* p. 3011
- L. Marchesini**, *A diachronic analysis of the European regulation on parental leave: the search for a common policy* p. 3017
- A. Marchetti**, *The Court of Justice pronounces itself on the illegitimacy of the extension of a public works concession contract for a motorway, awarded without following a public procurement procedure* p. 3023
- G. Nicolucci**, *Restarting and extension industrial production of electricity at nuclear power station for the objective of ensuring security of the electricity supply in front of Environmental impact assessments* p. 3033

C. Ottonello , <i>The genuine use of the mark and the proper reason for non- use</i>	p. 3043
A. Perelli , <i>Mental Illness, Personal Security Measure and Process Guarantees</i>	p. 3045
S. Pitto , <i>Precautionary principle and EFSA scientific opinions as norma</i>	p. 3051
C. Regali Costa Do Amaral , <i>The UE's feed-in tariff: the "non-mandatory" of support schemes in the promotion of renewable energy</i>	p. 3057
M. Salerno , <i>State aid to in-house providing companies: to what extent do local markets escape competition rules?</i>	p. 3067
M. Zinzi , <i>The additional levy of milk quotas and the problematic approach of the Italian legal system to the principle of legitimate expectation</i>	p. 3075
V. De Falco , <i>The intermittence of the res judicata and the Judge's responsibility: the tensions with Hungarian law</i>	p. 3081
• European Court of Human Rights	
M. Tomasi , <i>Pastörs v. Germany: a further step in framing the multifaceted phenomenon of negationism in Europe</i>	p. 3089
• Inter-American Court of Human Rights	
C. Cardinali , <i>Caso Girón y otro vs. Guatemala: the death penalty in Guatemala in the light of the recent IACHR's judgements</i>	p. 3105
N. Carrillo-Santarelli , <i>Prohibition of criminally punishing expressions over matters of public interest, and wrongfulness of imposing punishments that are accessory to illicit sanctions</i>	p. 3115
• African Court on Human and Peoples' Rights	
M. del Ángel Iglesias , <i>The Nubians and the Right to a Nationality: Decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights and the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child</i>	p. 3125
• Foreign Jurisdictions	
M. Bisi , <i>The Indian Supreme Court recognizes the right of access of all women to the Sabarimala Temple</i>	p. 3131
C. Graziani , <i>Judicial Scrutiny on US Counter-Terrorism Databases: The Elhady Case</i>	p. 3139
A. Orlando , <i>The third country transit bar under consideration of U.S. Supreme Court between separation of powers and right of asylum</i>	p. 3149
N. Palazzo , <i>Political Gerrymandering: the door is shut and it is stuffy in here</i>	p. 3157
A. Pin , <i>There Is No "Silver Bullet." The Artificial Face Recognition's First Judicial Scrutiny</i>	p. 3165
A. Torre , <i>"Serial Miller". Revival of the prerogative, parliamentary sovereignty, Su- preme Court (and the need of a constitutional codification?) in the Brexited United Kingdom. Some reflections</i>	p. 3173

Trent'anni dalla caduta del Muro di Berlino: ricordi e riflessioni di un testimone

di Aldo Ligustro

1. – Ho avuto il privilegio di assistere “dal *vivo*” alla caduta del Muro di Berlino, l’evento storico senz’altro più importante dopo la fine della Seconda guerra mondiale, di cui è stato quest’anno celebrato il trentennale, non solo in Germania, ma pressoché in tutto il mondo. Ne fui testimone quasi per caso grazie a un’amica giornalista che da mesi seguiva da vicino le vicende politiche che portarono al fatidico 9 novembre 1989. Fu lei a chiamarmi la sera del nove per annunciarmi l’incredibile notizia, quasi ingiungendomi di raggiungerla alla Porta di Brandeburgo. Ne rimasi attonito e incredulo. Come la sua costruzione, il crollo del Muro è stato in effetti un evento maturato con largo anticipo e, al tempo stesso, inatteso e sorprendente. La sua nascita, a lungo meditata dalle autorità della DDR, la Repubblica Democratica Tedesca, su pressione di Mosca, per porre fine all’esodo biblico del suo popolo verso la Germania federale (in dodici anni, dal 1949, due milioni e mezzo di tedeschi orientali si erano rifugiati a Berlino Ovest), era stata più volte tassativamente smentita in precedenza, con una delle più grandi menzogne mai proferite nella storia, dal Primo Ministro tedesco-orientale Walter Ulbricht: «Nessuno ha intenzione di costruire un Muro. I muratori della DDR sono impegnati nella costruzione delle case di abitazione!». All’una della notte del 13 agosto del 1961, spente tutte le luci pubbliche, scattò invece, meticolosamente pianificata, l’“operazione Rosa”, come era chiamata in codice: migliaia di soldati della Germania orientale, “protetti” alle spalle da militari e panzer sovietici, iniziarono a srotolare il filo spinato lungo una linea di 156 chilometri intorno ai quartieri occidentali della città e di lì a poco a erigere la barriera di cemento che ha diviso Berlino per ventotto anni.

Era l’ultimo atto di un periodo di forti tensioni che, dopo l’iniziale collaborazione tra le potenze vincitrici del secondo conflitto mondiale in suolo tedesco (collaborazione sancita dagli Accordi di Yalta e di Potsdam del 1945 – con cui la Germania e Berlino erano stati divisi in quattro zone, amministrate, ciascuna, da Stati Uniti, Regno Unito, Francia e Unione Sovietica – e perseguita nel quadro di un organismo comune, il Consiglio di controllo), avevano contrapposto, con l’affiorare della guerra fredda, il blocco comunista a quello dei Paesi occidentali, lasciando in più di un’occasione il mondo con il fiato sospeso nel timore dello scoppio di un terzo conflitto mondiale. Uno degli episodi più

drammatici fu il blocco stradale e ferroviario scattato per decisione di Stalin il 24 giugno 1948 intorno a Berlino Ovest con l'intenzione di conquistarla “senza armi”, paralizzandola e prendendola per fame e per freddo, in reazione alla riforma monetaria che nei territori occidentali e nella stessa Berlino Ovest sostituì il vecchio *Reichsmark* con il *Deutschmark* dando di fatto avvio, senza il consenso di Mosca, alla costruzione di una Germania occidentale unitaria. La risposta dell'Occidente (per molti è proprio in questo momento che nasce l'Occidente come entità politica e ideale) sarà il ponte aereo per rifornire i berlinesi, con voli provenienti anche dall'Australia, dal Sudafrica e dalla Nuova Zelanda. Il blocco terminerà solo dopo quindici mesi (e la morte di 73 piloti!).

Il periodo immediatamente successivo portò alla nascita e al consolidamento delle due Germanie, entrambe fondate nel 1949. Tuttavia, sia la Repubblica Federale Tedesca (*Bundesrepublik Deutschland*: BRD) che la Repubblica Democratica Tedesca (*Deutsche Demokratische Republik*: DDR) non rinunciavano all'obiettivo della riunificazione, da realizzarsi, però, in base alle proprie condizioni e nel rispetto dei propri principi, considerandosi entrambe come l'unico soggetto legittimato a rappresentare il popolo tedesco. I primi anni della divisione furono così caratterizzati da incomunicabilità e ostilità tra i due Paesi, mentre lo *status* di Berlino, ancora divisa in quattro settori amministrati da ciascuna delle grandi potenze, restava incerto. Fu appunto la costruzione del Muro, nel 1961, a cementare (anche in senso letterale!), in maniera che appariva a questo punto definitiva, la divisione tra i settori occidentali e quello orientale, impedendo la libertà di movimento tra gli stessi, e la divisione fra le due Germanie. Allo stesso tempo, diveniva necessaria una nuova politica che, prendendo atto della doppia statualità, provasse a gestirla, anche al fine di migliorare le condizioni di vita delle famiglie divise dal Muro.

Il reciproco riconoscimento e l'impegno a rispettare la sovranità dell'altra Germania si ebbe con l'avvio della nuova *Ostpolitik*, basata sulla “distensione”, da parte dell'*ex* Borgomastro socialdemocratico di Berlino Ovest, Willy Brandt, dopo la sua nomina a Cancelliere federale, il 21 ottobre 1969. L'*Ostpolitik* culminò nella stipulazione del Trattato di base tra le quattro potenze amministratrici della città, nel 1973. Nello stesso anno, entrambe le Germanie entrarono nell'ONU. Nel 1975 esse firmarono i cd. Accordi di Helsinki (in realtà, come noto, delle semplici intese politiche, non vincolanti), stipulati nel quadro della Conferenza sulla cooperazione e la sicurezza in Europa, che affermavano l'impegno a favore del rispetto dei diritti umani e della libertà di movimento, impegno largamente disatteso, però, dalla DDR, nonostante la conclusione in materia di accordi bilaterali *ad hoc* con l'altra Germania.

La politica della distensione valse a Willy Brandt il conferimento del premio Nobel per la pace, nel 1971, ma non gli risparmiò aspre critiche in patria da parte dell'opposizione conservatrice e l'impugnazione (su richiesta del Governo della Baviera, guidato dalla CSU di Franz Josef Strauss) dell'Accordo di base davanti alla Corte costituzionale federale per violazione (esclusa però dai

giudici di Karlsruhe) dell'impegno a perseguire la riunificazione di tutti i territori tedeschi sancito dal *Grundgesetz*. L'accordo era ritenuto altresì incompatibile con la tesi della "continuità" della BRD con il *Reich* prevalsa nell'appassionato dibattito svoltosi in merito all'origine e alla natura della Repubblica di Bonn tra politici e giuristi tedeschi, che aveva visto opporsi giuristi del calibro di Hans Kelsen, propenso a considerare l'occupazione alleata come una *debellatio* e, quindi, il *Reich* come ormai estinto, e Carlo Schmid, che rivendicava invece una piena continuità con il *Reich*, sebbene non con il nazionalsocialismo, ritenendo quindi la Germania mai scomparsa in base al diritto internazionale dopo la sconfitta militare, ma solo temporaneamente incapace di agire (v. in merito, di recente, anche per le concrete implicazioni di tali tesi, F. D'Amelio, *Solo una questione di teoria del diritto? Un'altra Wiedervereinigung e il conflitto per l'identità della nazione tedesca dalla divisione del 1949 alla Repubblica di Berlino*, in Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (Hrsg.), *Italien, Deutschland und die europäische Einheit. Zum 30-jährigen Jubiläum des Berliner Mauerfalls*, Stuttgart, 2019, 55 ss.; U. Villani-Lubelli, *1919-1949-2019. Continuità e fratture nella storia della democrazia in Germania*, ivi, 39 ss.).

2. – La politica della distensione significava ad ogni caso, se non l'accettazione, la presa d'atto dell'esistenza del Muro, la cui stabilità non poté esser scalfita né dall'appello pronunciato il 26 giugno 1963 dal Presidente degli Stati Uniti d'America John F. Kennedy a favore della libertà dei berlinesi, concluso con la celebre frase «Ich bin ein Berliner» («Io sono un berlinese»), né da quello, altrettanto noto, formulato da un altro Presidente degli Stati Uniti, Ronald Reagan, il 12 giugno 1987, in occasione dell'anniversario dei 750 anni di Berlino, quando, nel suo discorso davanti alla Porta di Brandeburgo, chiese: «Mr. Gorbatschow open this gate. Mr. Gorbatschow tear down this wall!».

La fine del Muro arrivava invece due anni dopo; inattesa, eppure, come si diceva, anch'essa preparata da una lunga incubazione. Le sue radici remote risiedono forse addirittura nell'invasione dell'Afghanistan, effettuata nel 1979 dall'Unione Sovietica a sostegno del locale governo comunista nel conflitto interno, che, protraendosi per molti anni, fino al febbraio 1989, dissanguò l'economia dell'URSS (fu il Vietnam sovietico!), accentuandone il *gap* con quella del mondo occidentale e determinando il declino di tale Paese come superpotenza e il suo crollo futuro (per inciso, secondo alcuni, in Afghanistan entrambe le superpotenze avrebbero di fatto chiuso, ma anche perso la guerra fredda, visto che, con l'appoggio fornito alle opposizioni anticomuniste di quel Paese, comprese quelle ispirate al fondamentalismo islamico, anche gli Stati Uniti e i suoi alleati avrebbero finito con l'«armare il fucile» puntato più tardi contro l'Occidente). Di sicuro senza questo antefatto non si comprenderebbero a pieno alcuni decisivi sviluppi storici immediatamente anteriori al novembre 1989, quali le riforme democratiche avviate da Mikhail Gorbaciov (insediatisi

al Cremlino nel 1985) in Unione Sovietica (*Glasnost* e *Perestrojka*: trasparenza e cambiamento), cui si legò la rinuncia, da parte sovietica, alla “difesa” armata dei regimi comunisti europei, come era invece avvenuto proprio a Berlino Est il 17 giugno del 1953, quando i carri armati inviati da Mosca aprirono il fuoco sulla popolazione per reprimere uno sciopero in atto (paradossalmente, il primo sciopero degli operai dell’edilizia contro il Governo dello Stato che si definiva “degli operai e dei contadini”, sciopero causato – altro paradosso – dalla richiesta di Mosca, dopo la morte di Stalin nel 1953, di avviare riforme economiche che favorissero il miglioramento del tenore di vita degli operai: ma il Governo tedesco puntò soprattutto sull’aumento della produttività, col conseguente peggioramento delle condizioni di lavoro). La repressione causò la morte di 267 persone (oltre a quella di 200 “traditori” giustiziati in seguito) e più di mille feriti, mentre furono 4000 gli arrestati e 1400 i condannati al carcere a vita (al drammatico evento è dedicata a Berlino la grande Strada del 17 giugno, che collega la Colonna della Vittoria alla Porta di Brandeburgo, attraversando l’enorme area verde del *Tiergarten*). Seguirono poi, come è noto, i sanguinosi interventi in Ungheria, nel 1956, e in Cecoslovacchia, nel 1968, contro le “primavere” (le riforme dei regimi socialisti di stampo ancora staliniano) avviate dai governi locali.

XIV

Il vero e proprio “inizio della fine” fu però determinato da alcune dichiarazioni rese nel corso del 1989 da Gorbaciov, secondo le quali i “rapporti fra le due Germanie” non erano considerati più una questione di pertinenza sovietica (questo nuovo orientamento fu simpaticamente definito come “Politica Sinatra”, dalla canzone *My Way* del cantante Frank Sinatra, per intendere che ogni Paese appartenente al Blocco di Varsavia dovesse ormai seguire la “sua via” in piena autonomia da Mosca). L’anno prima, lo stesso Gorbaciov aveva annunciato nel suo discorso all’ONU il ritiro unilaterale e senza condizioni di mezzo milione di soldati, 10.000 carri armati e 800 aerei sovietici dall’Europa. L’effetto ne fu l’accelerazione dello smantellamento della “cortina di ferro” iniziato con i nuovi regimi riformisti insediatisi in Polonia, Cecoslovacchia e Ungheria. In particolare, il 2 maggio 1989 il Governo ungherese rimosse il filo spinato alla frontiera con l’Austria, dove in poco tempo si riversarono migliaia di tedeschi dell’Est (che almeno all’interno del blocco sovietico avevano più libertà di movimento), mentre tanti altri si rifugiavano nelle ambasciate della Germania occidentale di Budapest, Praga, Varsavia, al grido *Wir wollen raus!* (vogliamo uscire!): verso la libertà e il benessere. Ma accanto a chi voleva fuggire, cresceva la marea di chi voleva restare (*Wir bleiben hier!*: restiamo qui!; *Wir sind das Volk!*: il popolo siamo noi!), ma chiedeva democrazia, libere elezioni, libertà. Nascono diversi movimenti di diritti civili – *Neues Forum* (Nuovo Foro) e *Demokratie Jetzt* (Democrazia Adesso) i principali – in grado di mobilitare centinaia di migliaia di persone.

Le manifestazioni di piazza rovinarono persino le solenni celebrazioni dei 40 anni di vita della DDR, svoltesi il 7 ottobre alla presenza di Gorbaciov,

invocato dalle folle mobilitatesi in un corteo non autorizzato al grido di Gorbi!, Gorbi!: un altro paradosso nella storia del Muro, che vedeva adesso i sovietici diventare inaspettatamente i liberatori del popolo tedesco dall'ostinata ortodossia della SED, il Partito socialista unitario. Il 18 ottobre Erich Honecker, Segretario generale della SED, in carica dal 1971 (e che ancora nel gennaio del 1989 aveva profetizzato che «Il Muro esisterà ancora, anche fra cinquanta o cento anni»), è costretto dal Politbüro a rassegnare le dimissioni a favore di Egon Krenz, suo delfino. La SED e le autorità di Stato non riescono più a fronteggiare gli eventi. La caduta del Muro è ormai nell'aria. La scintilla decisiva fu data dalla presentazione di un nuovo disegno di legge su visti e transito verso l'Occidente che, per essere ancora molto restrittivo, alimentò ulteriormente il fuoco delle proteste. Il Consiglio dei Ministri e l'intero Politbüro furono costretti a dimettersi, mentre si preannunciava sul tema un nuovo disegno di legge.

Si arriva al 9 novembre: *Die Wende* (la “svolta”). Alle ore 20.00 circa, nell'annunciare al termine di una conferenza stampa nuove misure in materia di transito che avrebbero assicurato, “senza particolari formalità”, libertà di movimento ai cittadini tedesco-orientali, il portavoce e numero due del Politbüro, Günter Schabowski, incalzato dalle domande dei giornalisti (e in particolare dell'italiano Riccardo Ehrman, dell'Agenzia Ansa) risponde (in realtà improvvisando, non avendo ricevuto sul punto alcuna indicazione) che esse sarebbero state operative “ab sofort” (da subito). La notizia fa il giro del mondo (era caduto il Muro!) sorprendendo tutti. Arrivò del tutto inattesa persino a quelli che saranno i principali protagonisti della riunificazione sul versante occidentale, il Cancelliere Helmut Kohl e il Ministro degli Esteri Hans-Dietrich Genscher, in quel momento a Varsavia per festeggiare l'insediamento del nuovo governo riformista polacco (solo la sera prima, Genscher aveva dichiarato a Lech Walesa, leader di *Solidarność*, che aveva preconizzato la caduta del Muro a breve e poi dell'URSS: «...prima che succeda cresceranno grandi alberi sulle nostre tombe»).

I cittadini della Germania dell'Est avevano appreso la notizia solo di rimbalzo dai telegiornali delle televisioni occidentali, senza una conferma certa da parte delle proprie autorità di governo che, anzi, avevano schierato migliaia di soldati alle frontiere, ma senza impartire loro precisi comandi. La tensione era alle stelle. La scena di cui fui testimone alla Porta di Brandeburgo (dove mi ero precipitato in taxi, e dove, ormai in tarda serata, saranno stati presenti non più di una cinquantina di persone, quasi tutti giornalisti, tra cui 5-6 italiani) parve a tutti inizialmente inspiegabile. Attraverso il colonnato della Porta si intravedevano poche decine di persone che, lentamente, facevano alcuni passi al di là del “confine” scrutando con circospezione i Vopos (i “poliziotti del popolo”) schierati immobili. Constatata la loro impassibilità (non sparavano, come era invece avvenuto ancora nel febbraio dello stesso anno, quando cadde Chris Gueffroy, un ragazzo di 21 anni, ultima vittima dello *Schiessbefehl*, l'ordine di

sparare, la disposizione permanente impartita dal Ministro per la sicurezza dello Stato, la famigerata STASI, Erich Mielke, ai militari della DDR incaricati del controllo delle frontiere sin dal 1960 e revocata solo nell'aprile del 1989), queste persone tornavano indietro, sparendo. Strano atteggiamento da parte di gente che ha atteso la libertà da ventotto anni e che da mesi scendeva temerariamente in strada rivendicando la libertà – si commentava tra i presenti. Capimmo solo dopo qualche minuto: queste persone erano in realtà l'“avanguardia” coraggiosa di una moltitudine di parenti e amici che attendevano a distanza e che ben presto, rassicurati, si riversarono a migliaia nel settore occidentale.

Le scene successive non avevano nulla a che fare con le immagini di folle festanti e di picconate al Muro che il giorno dopo hanno fatto il giro del mondo. Quella sera, e per tutta la notte, si trattò piuttosto di un'invasione di spettri che si aggiravano silenti e attoniti per le vie di Berlino Ovest, ammirando increduli gli edifici e gli emblemi dell'opulente Occidente che fino a quel momento avevano visto unicamente nelle trasmissioni delle televisioni occidentali. Solo alle prime luci dell'alba, sotto la spinta dei “fratelli” del settore Ovest, l'incredulità si sciolse in una festa di popolo e in canti liberatori (in particolare *So ein Tag, so wunderschön wie Heute*: «Un giorno così meraviglioso come oggi», il principale *leitmotiv* del repertorio canoro usato dai tedeschi nelle grandi occasioni). Poi, il secondo giorno un milione di persone attraverserà la frontiera ricevendo i “soldi del saluto”, i cento marchi a testa messi a disposizione dal Governo della BRD come benvenuto.

XVI

Un tale lieto fine della storia del Muro, e dell'“incredibile notte” del 9 novembre” era, però, tutt'altro che scontato. Le cose andavano, intanto, un po' diversamente altrove. Ad esempio al varco della Bornholmerstrasse, nel quartiere di Wedding, dove si sfiorò la strage. Le guardie di frontiera, prive di ordini precisi, erano infatti quasi sul punto di sparare sulla folla, quando il comandante del reparto, Harold Jaeger, dopo ripetute ma infruttuose richieste di istruzioni da parte degli alti comandi, si assunse la responsabilità (e il rischio di doverne poi rispondere ai superiori) di far alzare le sbarre, evitando una carneficina (l'episodio è stato rievocato in occasione della ricorrenza dei 25 anni dalla caduta del Muro con un film, *Bornholmerstrasse*, trasmesso dalla televisione di Stato tedesca, mentre ad Harold Jaeger è stata dedicata una strada a Berlino).

3. – La caduta del Muro ha cambiato radicalmente la storia tedesca e quella dell'Europa e del mondo. Il cambiamento non è avvenuto però senza complicazioni e problemi, e anche i suoi effetti a lungo termine sono complessi e controversi.

Innanzitutto, per quel che riguarda la storia tedesca, l'unificazione tra le due Germanie non fu immediatamente scontata, soprattutto per la classe politica della DDR che, con a capo il nuovo segretario della SED, Egon Krenz, fece un tentativo disperato, ma poco credibile, di accreditarsi come artefice di una svolta riformista del regime agli occhi di un popolo, che, ormai in mobilitazione

permanente, chiedeva cambiamenti radicali e non poteva accontentarsi delle semplici dimissioni di Honecker (né, più tardi, della sua espulsione dal partito, insieme a quella di Erich Mielke e di altri nove dirigenti). Il regime viene invece travolto e rapidamente smantellato sotto i colpi di incontenibili ondate di protesta. Così, il primo dicembre il Parlamento della DDR elimina l'articolo della Costituzione che garantiva alla SED un ruolo di primo piano nell'intero Stato. Egon Krenz ("il breve") si dimette due giorni dopo, sostituito dall'avvocato Gregor Gysi, e con lui l'intero Politbüro e il Comitato Centrale. Il 18 marzo si svolgono le prime libere elezioni. Una coalizione di CDU e socialdemocratici elegge Lothar de Mazière Primo Ministro il 12 aprile. Il 18 maggio è stipulato tra le due Germanie il Trattato per l'Unione monetaria, economica, e sociale. Il primo luglio il marco orientale viene sostituito dal *Deutschmark*. Il 31 agosto viene stipulato il Patto di unificazione; unificazione fissata per il 3 ottobre, data in cui la legislazione della BRD viene estesa anche ai cinque *Laender* dell'Est.

Pure sul versante della Repubblica Federale ci furono inizialmente delle resistenze verso il progetto di riunificazione, sia sul piano interno, da parte di politici e intellettuali (nota l'opposizione del premio Nobel per la letteratura Günther Grass, timoroso che insieme alla Germania riunita potesse rinascere anche il nazionalismo tedesco), che su quello internazionale, dove, per superare le preoccupazioni destinate dalla forza di una futura "Grande Germania", fu determinante l'accettazione, da parte di questa, dei confini del 1945 (in particolare quello orientale con la Polonia, costituito dai fiumi Oder e Neisse), che già Willy Brandt si era impegnato a rispettare e che vennero nuovamente riconfermati dal Trattato sullo stato finale della Germania (cd. Trattato 2 più 4), concluso il 12 settembre del 1990 tra le due Germanie e le potenze ancora presenti sul territorio di Berlino, nonché da un Trattato stipulato tra la nuova Germania e la Polonia.

Altrettanto importanti furono poi gli impegni assunti dal Governo tedesco rispetto allo sviluppo del processo di integrazione europea e del progetto di una moneta unica (punti su cui torneremo fra breve).

Superati gli ostacoli iniziali, la riunificazione fu realizzata, infine, con sorprendente rapidità. «In meno di undici mesi si compie quello che molti davano per impossibile: senza una guerra, ma grazie alla 'pacifica rivoluzione' popolare ad Est prima cade il Muro e poi cede uno dei due contendenti, che entra a far parte il 3 ottobre dell'ambito di validità del *Grundgesetz*» (così F. D'Amelio, *Solo una questione di teoria del diritto?*, cit., 64). Sul piano formale, la via scelta dal nuovo Governo della Repubblica democratica scaturito dalle elezioni del 18 marzo 1990 (scelta poi confermata dalla *Volkskammer* approvando il Trattato sullo stato finale della Germania il 23 agosto 1990) fu quella prevista dall'art. 23 del *Grundgesetz*, che offre la possibilità ad altri *Länder* di entrare a far parte del Patto costituzionale della Legge fondamentale.

Si pose poi un altro piccolo problema di carattere formale: la scelta della data della ricorrenza nazionale della Germania riunificata. Celebrare il 9 novembre si è infatti subito rivelato per i tedeschi impraticabile. La data era “compromessa” da due precedenti storici imbarazzanti: il 9 novembre 1918, l’abdicazione dell’Imperatore Guglielmo II dopo la sconfitta della Prima guerra mondiale; il 9 novembre 1938, la “notte dei cristalli”, il *pogrom* contro i negozi degli ebrei in tutta la Germania, preludio dell’olocausto. Si è dovuto quindi ripiegare sulla data del 3 ottobre, quella della riunificazione amministrativa del 1990, divenuta appunto festa nazionale.

Ben più gravi erano però, ovviamente, i problemi di carattere sostanziale, di ordine economico e sociale, posti dal processo di riunificazione, che, specie all’inizio, non è stato del tutto indolore per il popolo tedesco. Il formidabile processo di integrazione tra Est e Ovest che ne è conseguito (per alcuni si sarebbe però trattato piuttosto di *Anschluss*, un’annessione della DDR da parte della Germania federale: in tal senso si è espresso anche lo studioso italiano V. Giacché, *Anschluss. L’unificazione della Germania e il futuro dell’Europa*, Reggio Emilia, 2013), è stato pagato, ad Ovest, con aumenti di tasse e tagli allo Stato sociale (in particolare in seguito al cd. Piano Hartz realizzato tra il 2003 e il 2005 dal Governo socialdemocratico guidato dal Cancelliere Gerhard Schröder), per compensare il peso dello sforzo finanziario necessario per l’integrazione dei nuovi *Länder*; ad Est, col sistematico licenziamento, nel settore pubblico, di quanti “compromessi” col regime comunista, con lo smantellamento di gran parte delle industrie di Stato attraverso la *Treuhand* (industrie spesso prelevate da quelle occidentali, anche a titolo gratuito o a prezzi simbolici, al solo scopo di eliminare la concorrenza, e quindi presto chiuse o ridimensionate) e con la disoccupazione di massa, del tutto sconosciuta prima (sull’andamento del sistema economico e sociale tedesco dopo la caduta del Muro, e anche per un confronto col sistema italiano, v., di recente, Ch. Dipper, *Wachsende Ungleichheit, Schleichende Entfremdung. Italiens und Deutschlands wirtschaftliche Entwicklung, nach dem Boom*, in Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (Hrsg.), *op. cit.*, 25 ss.). Il malcontento che ne è conseguito ha creato, negli anni immediatamente successivi alla riunificazione, non poche tensioni e nuove tendenze, come l’*Ostalgie* (la nostalgia per il vecchio mondo della DDR), ondate di neonazismo e razzismo, l’ostilità fra *Wessis* e *Ossis* (tedeschi occidentali e orientali), la resistenza del Muro “nelle teste”, tendenze elettorali molto diversificate tra Est e Ovest, che, ad Est (dove peraltro lo spettro del nazismo non è stato forse mai esorcizzato in modo profondo come nella Repubblica federale), hanno visto spesso l’affermazione dei partiti eredi del comunismo o, all’opposto, di movimenti populistici, nazionalisti e xenofobi, come, di recente, l’AfD (su queste tendenze, e anche per un parallelo con il sistema politico italiano, cfr. E.G. Heidebreder, *Nach dem Ende des Endes der Geschichte: Deutschland und Italien in der EU von Morgen*, in Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (Hrsg.), *op. cit.*, 127 ss.).

Dopo trent'anni, tuttavia, gran parte di questi problemi sembra superata, e il processo di integrazione dei nuovi *Länder* può considerarsi complessivamente un successo. Al contrario di quanto avviene per il Mezzogiorno italiano, il *gap* economico con i *Länder* occidentali tende a diminuire e, nel 2017, per la prima volta dopo la riunificazione, i trasferimenti di persone dall'Ovest verso l'Est sono stati più numerosi di quelli in senso inverso. Intanto Berlino è diventata una città magica, una delle capitali più vivibili al mondo: caratteristiche che le hanno valso qualche anno fa la definizione di città "povera" (per i debiti accumulati) ma "sexy", da parte di Klaus Woworeit, suo Borgomastro per 13 anni.

4. – Non meno controverse, e ancor più difficili da valutare sul piano storico, le conseguenze della caduta del Muro e della fine della guerra fredda per l'Europa e per il mondo intero.

In Europa, l'effetto più immediato è stato quello della caduta degli altri regimi comunisti (in Bulgaria, Lituania, Cecoslovacchia, Romania), peraltro non sempre avvenuta, diversamente che in Germania, in maniera incruenta: «come se il Muro fosse un segnale, la prima pietra divelta di quel mondo, è tutto l'Est che precipita» (E. Mauro, *Anime prigioniere. Cronache dal Muro di Berlino*, Milano, 2019, 175). Ne fu presto travolto persino il cuore dell'"Impero" con l'implosione del governo comunista di Mosca e la dissoluzione della Federazione sovietica tra il gennaio del 1990 e il dicembre del 1991.

Altra conseguenza importante è stata la nascita dell'Unione Europea (col Trattato di Maastricht del 1992), in sostituzione della Comunità Europea, e soprattutto dell'Euro e dell'Eurozona, con tutti i limiti legati al loro "peccato di origine", emersi drammaticamente con la crisi economica scoppiata nel 2008 e con la diffusa insofferenza, manifestatasi negli ultimi anni in tutti i Paesi membri, verso le istituzioni e la legislazione europee (fenomeno culminato nell'esito del referendum sulla Brexit tenutosi nel Regno Unito nel giugno del 2016). Va infatti ricordata la complessa situazione che allora condusse (forse più in base a considerazioni di natura geopolitica che di razionalità economica) a realizzare questi progetti. La fine del bipolarismo e della guerra fredda apparivano infatti all'Europa un'imperdibile opportunità per assumere un ruolo economico e politico più rilevante nello scacchiere internazionale; un passo impossibile, però, senza la convinta partecipazione della Germania che, realizzata la riunificazione, sembrava volersi disimpegnare dal processo di integrazione europea per seguire un'autonoma politica di potenza nell'Europa centro-orientale. L'esigenza di legare "a filo doppio" la Germania al progetto europeo, soprattutto per volontà della Francia di Mitterand, comportò però una "fuga in avanti" verso la moneta unica, a condizioni sostanzialmente "dettate" dalla Bundesbank, espressione del rigore monetario caro ai governi di Bonn e di Berlino, con costi altissimi per gli altri Paesi dell'Eurozona, o almeno per quelli del Sud dell'Europa, come l'Italia. In vero, dopo la caduta del Muro, Helmut

Kohl giurò di non volere un'Europa tedesca ma una Germania europea. Tuttavia, il suo Ministro delle Finanze Theo Waigel «si preoccupò che l'euro fosse un'edizione ampliata della valuta tedesca piuttosto che una vera moneta europea» (così A. Bonanni, *Le ferite dell'Europa*, *La Repubblica*, 10 novembre 2019, 4).

Accanto alla frattura Nord-Sud, l'allargamento dell'Unione europea verso l'Est, molto attrattiva inizialmente per i Paesi liberatisi dal giogo sovietico, ha lasciato però fratture visibili anche tra Est e Ovest, che oggi costituiscono una minaccia ancor più seria per il futuro e per la stessa sopravvivenza dell'UE. Si tratta, innanzitutto, di una frattura culturale. Per l'Europa occidentale, il nazionalismo è stato all'origine delle guerre e di tutte le oppressioni. Per l'Europa dell'Est, l'oppressione è venuta prima dal pangermanismo e poi dall'internazionalismo comunista, mentre il nazionalismo prende l'aspetto di una riscoperta identitaria a lungo agognata come una liberazione. Questo spiega il rigetto della contaminazione etnica e culturale costituita dai rifugiati islamici e il rifiuto di cedere sovranità a Bruxelles. Così, la destra si tinge di nazionalismo e la sinistra, là dove esiste, stenta a scrollarsi di torno l'ombra pesante del comunismo e dello stalinismo (A. Bonanni, *ibidem*). Allo stesso tempo, non solo nei Paesi dell'Est, ma più in generale in Europa (e nel mondo), nel dibattito politico si tende spesso a sostituire ai tradizionali schemi sinistra/destra, la contrapposizione fra, da una parte, movimenti e partiti basati sul trinomio valoriale verde/alternativo/libertario, più facilmente orientati a favore dell'integrazione europea e della cooperazione transnazionale, e, dall'altra, quelli, di stampo populista e sovranista, ispirati al trinomio tradizionale/autoritario/nazionale (cfr. in proposito lo studio, ormai "classico", di L. Hooghe e G. Marks, *A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus*, in *British Journal of Political Science*, 2009, 1 ss. *Adde*, per un'analisi più aggiornata, E.G. Heidebreder, *Nach dem Ende des Endes der Geschichte*, cit. Per un recente dibattito sulle prospettive di integrazione europea incentrato in particolare sul ruolo della Germania v. anche i saggi di P. Schiffauer, I. Jędrzejowska-Schiffauer e B. Benocci contenuti nel volume curato da Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto, *op. cit.*).

XX

5. – Per quanto riguarda, infine, il resto del mondo, il 1989 fu inizialmente salutato come l'avvio di un'epoca felice, contrassegnata da una maggiore coesione e cooperazione tra gli Stati. E già a partire dalla prima "guerra del Golfo" del 1991, contro l'Iraq di Saddam Hussein, si assistette ad una notevole rivitalizzazione, nel suo ruolo di garante della pace e della sicurezza internazionale, del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, non più sistematicamente paralizzato dal gioco dei veti incrociati dei Membri permanenti, tipico del periodo precedente (v. in merito ampiamente P. Picone, *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes e Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle*

Nazioni Unite e diritto internazionale generale, saggi, rispettivamente, del 1995 e del 2005, riediti da ultimo nel volume dello stesso autore *Obblighi «erga omnes» e uso della forza*, Napoli, 2017, 129 ss., 387 ss.). In molti, così, avevano scommesso, o sperato, che finalmente potesse completarsi il disegno del sistema di sicurezza collettiva previsto dalla Carta dell'ONU con la creazione di un esercito permanente sotto il controllo dell'Organizzazione (art. 43 e ss.), cosa impossibile da realizzarsi prima, nel clima della guerra fredda, o che comunque la comunità internazionale potesse trovare, anche al di fuori del sistema ONU, momenti di forte aggregazione e cooperazione intorno a valori e interessi fondamentali comuni, in grado di garantire una efficace gestione dei “beni pubblici globali”, anche al di là del problema della sicurezza e della pace internazionale (su quest'ultima prospettiva v. i numerosi saggi di P. Picone contenuti nel volume da ultimo citato e in *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*, Napoli, III ed., 2013). Intanto, Francis Fukuyama proclamava addirittura la “fine della storia” in un mondo pacificato dal trionfo del modello liberale di democrazia ed economia garantito dall'egemonia americana (v. il celeberrimo F. Fukujama, *The End of History*, in *The National Interest*, 1989, 13 ss., e, in lingua italiana, *La fine della storia e l'ultimo uomo. La democrazia liberale è il culmine dell'esperienza politica?*, Milano, 1992).

Adagiandosi forse su questa convinzione, l'Occidente ha invece fatto l'errore di non riformare la *governance* della politica e dell'economia internazionali in modo adeguato rispetto alle sfide e alle responsabilità poste dalla nuova situazione creatasi, lasciando troppo spazio e potere agli Stati più forti e alla libertà dei mercati. Ad ogni caso, la storia si è rimessa presto in moto, e la tesi di Fukuyama è stata rapidamente contraddetta dall'ascesa di nuove potenze militari ed economiche, e soprattutto dalla minaccia globale del terrorismo islamico, sì da far apparire più aderente alla realtà (come hanno mostrato drammaticamente i fenomeni *Al Qaeda* e *ISIS* e i numerosi conflitti interreligiosi che hanno infiammato diverse zone del mondo) la “profezia” dello “scontro di civiltà” di Samuel Phillips Huntington (vedine i saggi, anch'essi celeberrimi, scritti in risposta alla tesi di Fukuyama, *The Clash of Civilizations?*, in *Foreign Affairs*, Summer 1993, e *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996; nella traduzione italiana: *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, 2000). Ma ancora più pregnante appare oggi la definizione dell'attuale situazione mondiale coniata già qualche anno fa da Papa Francesco quando ebbe a parlare di una “terza guerra mondiale frammentata”. Lo scontro culturale e religioso è infatti solo un elemento della condizione, da qualcuno definita “neo-hobbesiana” (A. Skodas, *The Rise of the Neo-Hobbesian Age: Thirty Years Since the Fall of the Berlin Wall*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2019, 469 ss.), di diffusa e permanente conflittualità che caratterizza il XXI secolo per cause diverse (conflitti geopolitici, guerre civili e internazionali, guerre commerciali, che minano alla base il funzionamento di un'importante istituzione multilaterale quale

l'Organizzazione mondiale del commercio, contrasti legati alla corsa all'accaparramento delle risorse naturali, a differenze razziali o di genere, oppure a squilibri economico-sociali, ecc.).

In questo contesto, l'ONU, dopo le iniziali aspettative di rilancio, ha evidenziato al suo interno nuove divisioni, fino agli attuali rigurgiti di guerra fredda tra l'Occidente e la Russia di Putin, che si intrecciano con una "seconda guerra fredda" (per seguire la definizione datane dall'ultimo libro di F. Rampini, *La seconda guerra fredda*, Milano, 2019), quella tra Stati Uniti e Cina (sul punto si veda anche uno degli ultimi fascicoli della rivista *Limes*, il n. 11/2019, dal titolo *Cina-Russia. La strana coppia*), mostrandosi incapace di prevenire e risolvere guerre e atti di violenza, e cedendo spesso il passo, nella gestione della sicurezza e della legalità internazionali, a iniziative militari unilaterali da parte degli Stati, con tutti i rischi di abuso connessi all'unilateralismo (v. in proposito ancora le opere di P. Picone sopra citate, e in particolare i saggi *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo* e *Unilateralismo e guerra contro l'ISIS*, in *Obblighi «erga omnes» e uso della forza*, cit., 515 ss., 605 ss.).

Su un punto, però, Fukuyama non ha avuto forse, almeno fin qui, completamente torto. Se riportiamo il concetto di "fine della storia" al pensiero e alle pratiche economiche, il crollo del comunismo e il venir meno della competizione tra sistemi alternativi (tesi a dimostrare che il proprio modello di sviluppo fosse non solo efficiente, ma anche socialmente equo), su cui era basato l'equilibrio bipolare della guerra fredda, ha lasciato il campo libero all'affermazione su scala planetaria, nei decenni successivi alla caduta del Muro, del "pensiero unico" liberista e alla marcia trionfale del capitalismo finanziario, nell'ambito dei generali processi di globalizzazione dell'economia. E proprio tali fenomeni, in base ad autorevoli e sempre più diffuse analisi, rappresenterebbero la vera causa dell'ultima grave e non ancora superata crisi economica, dell'abnorme crescita delle diseguaglianze, della disgregazione sociale e dello svuotamento della stessa democrazia e dei principi dello Stato di diritto, anche all'interno dei Paesi occidentali (in merito v., *ex multis*, soprattutto l'opera del premio Nobel J.E. Stiglitz, *Il prezzo della diseguaglianza*, Torino, 2013 (trad. it.), e, con taglio giuridico, P. Picone, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2014/1, 5 ss.; v. ancora, con taglio assai critico, i diversi interventi nel fascicolo n. 6 del 2019 della rivista *MicroMega*, interamente dedicato agli effetti della caduta del Muro): un epilogo paradossale per una guerra condotta, dal punto di vista dei vincitori, proprio in nome della democrazia e della libertà!

Forse è vero, come sempre più frequentemente di recente si afferma, che la reazione generalizzata a questo stato di cose stia ormai determinando la fine di un periodo di storia della globalizzazione durato trent'anni e il tramonto di un certo ordine mondiale scaturito proprio dal crollo del Muro di Berlino e dalla fine della guerra fredda (è questa, ad esempio, la tesi centrale dell'opera di Rampini sopra citata) e che siamo pertanto giunti ... alla fine della fine della

storia (E.G. Heidebreder, *Nach dem Ende des Endes der Geschichte*, cit.); è vero pure, però, che ci troviamo davanti a uno scenario che anche gli esperti di relazioni internazionali reputano di difficile interpretazione e di cui non è possibile al momento prevedere gli sviluppi.

Di fronte alla complessità dei fenomeni e dei problemi evocati, le brevi considerazioni qui svolte vanno quindi intese come semplici spunti di riflessione, privi di qualsiasi ambizione di sistematicità e completezza, da approfondire meglio in altre sedi. Né con esse si è voluto sminuire la portata e il valore di quanto realizzato nell'incredibile notte del 9 novembre 1989, e successivamente a tale evento, dal popolo tedesco, che ha pienamente meritato di festeggiare con orgoglio e gioia i trent'anni dalla sua ritrovata unità.

Saggi

Resorting to Article 25 of the DSU to Overcome the WTO Crisis on the Appellate Body: The EU Proposal for an Interim Appeal Arbitration

di Elisa Baroncini

Abstract: Il ricorso all'art. 25 DSU per superare la crisi dell'Organo d'appello dell'OMC: la proposta dell'Unione europea per una procedura arbitrale d'appello temporanea – At midnight of 10 December 2019, the WTO Appellate Body ceased to be operational, as the US has been vetoing since May 2016 the selections of the members of the World Trade Court. The WTO dispute settlement system hence risks the paralysis – a scenario that could materialize should the losing party of a panel report appeal the latter “into the void,” i.e. before an Appellate Body with less than three judges. In response to this event, the European Union is developing an articulated approach to guarantee a rule-based international trade system and the principle of cooperation as the pillars of the governance of the global economy. One element of the EU approach is the initiative for an interim appeal arbitration procedure based on Article 25 of the DSU, and the present work is devoted to the analysis of this contingency remedy.

2313

Keywords: WTO; Appellate Body; Crisis; Arbitration; European Union.

1. Introduction

As it is well known, and most unfortunate, since May 2016¹ the United States has been blocking appointments of the members of Appellate Body (AB) of the World

¹ See WT/DSB/M/379, *Minutes of the Meeting Held in the Center William Rappard on 23 May 2016*, 29 August 2016, at paras. 6.2 – 6.10 reporting why the United States could not be able to accept the reappointment of Mr. Seung Wha Chang for a second four-year term; WT/DSB/M/400, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rappard on 31 August 2017*, 31 October 2017, where it is recorded the US position of blocking any new appointment of AB members until the Dispute Settlement Body (DSB) did not consider the serious systemic implications of former appellate judges still serving as adjudicators after their term in office ended (on the basis of Rule 15 of the Working Procedures for Appellate Review, see WT/AB/WP/6, *Working Procedures for Appellate Review*, 16 August 2010); see also the US President 2018 Trade Policy Agenda, where the US administration finally articulated the full list of criticisms on the Appellate Body practice and case-law (Office of the United States Trade Representative, *The President's 2018 Trade Policy Agenda*, March 2018, at pages 22–28), which were then constantly reported by the US diplomats in their official statements before the DSB (cfr. e.g. WT/DSB/M/417, *Minutes of the Meeting Held in the Center William Rappard on 27 August 2018*, 30 November 2018, paras. 4.2 – 4.17; WT/DSB/M/420, *Minutes of the Meeting Held in the Center William Rappard on 29 October 2018*, 27 February 2019, paras. 4.2 – 4.19; WT/DSB/M/426, *Minutes of the Meeting Held in the Center William Rappard on 25 February 2019*, 20 May 2019, para. 5.26).

Trade Organization (WTO).² Such an approach provoked the most serious institutional crisis of the multilateral trade system³ as significantly and deeply renovated, widened and deepened by the 1986 – 1993 Uruguay Round.⁴ In fact, at midnight of 10 December 2019, when the mandates of two of the three remaining judges expired,⁵ what has been qualified as “the most successful appellate mechanism in international history”⁶ has been finally paralysed: the WTO

² See the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, in World Trade Organization, *The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 4 ff.

³ The blockage of the Appellate Body and the reasons brought by the US for its approach have been extensively commented: see *inter alia* G. Adinolfi, *Procedural Rules in WTO Dispute Settlement in the Face of the Crisis of the Appellate Body*, in *Questions of International Law*, 2019, p. 39 ff.; J. Bacchus, *Might Unmakes Right: The American Assault on the Rule of Law in World Trade*, CIGI Paper No. 173, May 2018; E. Baroncini, *Il funzionamento dell'Organo d'appello dell'OMC: bilancio e prospettive*, Bologna, 2018; K. Claussen, *The Other Trade War*, in *Minnesota Law Review Headnotes*, 2018, p. 1 ff.; C.D. Creamer, *Can International Trade Law Recover? From the WTO's Crown Jewel to its Crown of Thorns*, in *AJIL Unbound*, 2019, p. 51 ff.; M. Fiorini, B. Hoekman, P. Mavroidis, M. Saluste, R. Wolfe, *WTO Dispute Settlement and the Appellate Body Crisis: Insider Perceptions and Members' Revealed Preferences*, Bertelsmann Stiftung, 2019; J. Hillman, *Independence at the Top of the Triangle: Best Resolution of the Judicial Trilemma*, in *AJIL Unbound*, 2017, p. 364 ff.; B. Hoekman, P. Mavroidis, *Burning Down the House? The Appellate Body in the Centre of the WTO Crisis*, EUI Working Paper RSCAS 2019/56; B. Hoekman, P. Mavroidis, *Party Like It's 1995: Necessary but not Sufficient to Resolve WTO Appellate Body Crisis*, in *Vox*, 26 August 2019; J. Hillman, *Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: the Good, the Bad and the Ugly?*, IIEL Issues Brief, December 2018; R. McDougall, *Impasse in the WTO Dispute Settlement Body: Consequences and Responses*, ECIPE Policy Brief no. 11/2018; R. McDougall, *Crisis in the WTO – Restoring the WTO Dispute Settlement Function*, CIGI Papers no. 194, October 2018; R. McDougall, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, in *Journal of World Trade*, 2018, p. 867 ff.; R. McDougall, *Revitalizing the WTO: Settling Trade Disputes in a Turbulent Multipolar World*, Bertelsmann Stiftung, 2019; T. Payosova, G.C. Hufbauer, J.J. Schott, *The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures*, PIIE Policy Brief No. 18-5, March 2018; J. Pauwelyn, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, in *Journal of International Economic Law*, 2019, p. 297 ff.; E.-U. Petersmann, *Between “Member-Driven” WTO Governance and “Constitutional Justice”: Judicial Dilemmas in GATT/WTO Dispute Settlement*, in *Journal of International Economic Law*, 2018, p. 103 ff.; E.-U. Petersmann, *How Should the EU and Other WTO Members React to their WTO Governance and WTO Appellate Body Crises?*, EUI Working Papers, RSCAS 2018/71; E.-U. Petersmann, *The “Crown Jewel” of the WTO Has Been Stolen by US Trade Diplomats – and They Have No Intention of Giving It Back*, in D. Prévost, I. Alexovičová, J. Hillebrand Pohl (Eds.), *Restoring Trust in Trade, Liber Amicorum in Honour of Peter Van den Bossche*, Oxford, 2019, p. 106 ff.; J.J. Schott, *The United States Relies on the WTO to Settle Trade Disputes More Than Any Other Member*, PIIE Charts, January 2019; G. Sacerdoti, *The WTO Dispute Settlement System: Consolidating Success and Confronting New Challenges*, in M. Elsig, B. Hoekman, J. Pauwelyn (Eds.), *Assessing the World Trade Organization*, Cambridge, 2017, p. 147 ff.; G. Sacerdoti, *The WTO Dispute Settlement System and the Challenges to Multilateralism: Consolidating a “Common Global Good”*, in D. Prévost, I. Alexovičová, J. Hillebrand Pohl (Eds.), *Restoring Trust in Trade, Liber Amicorum in Honour of Peter Van den Bossche*, Oxford, 2019, p. 87 ff.; T.P. Stewart, *The Broken Multilateral Trade Dispute System*, Asia Society Policy Institute, Feb. 7, 2018.

⁴ For a complete overview of the Uruguay Round results see P. Mengozzi (Ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999.

⁵ They are Mr. Ujal Singh Bhatia (India) and Mr. Thomas R. Graham (United States), who were serving as members of the Appellate Body since 11 December 2011.

⁶ Statement delivered by Professor James Crawford, judge at the International Court of Justice (ICJ), in the interview given to R. Mizen, *“Back to Square One” if WTO Appeals Body Fails: Judge James Crawford*, in *Financial Review*, 3 August 2018, available at

Permanent Tribunal needs at least three members to hear cases, each appellate adjudicatory section having to be composed by three judges,⁷ but now there is only one judge left, Ms. Zhao Hong (China), whose mandate will be over by 30 November 2020.⁸

The Appellate Body cannot anymore be operational until the Dispute Settlement Body (DSB)⁹ expresses its positive consensus¹⁰ on a sufficient number of new appellate adjudicators.¹¹ The WTO dispute settlement mechanism (DSM) thus seriously runs the risk of falling back of seventy years, to the GATT 1947 system, where the unsuccessful party of a panel could impede the adoption of a report by exercising its veto power when that report was put on the agenda for approval by the GATT 1947 Council:¹² under the Marrakech Agreements, characterized by the reverse consensus decision mechanism for the DSB approval of panel and Appellate Body reports, as well as the suspensions of concessions,¹³

www.afr.com/news/economy/trade/back-to-square-one-if-wto-appeals-body-fails-judge-james-crawford-20180802-h13hz0 (access on 11 February 2019).

⁷ See Article 17.1 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU): “A standing Appellate Body shall be established by the DSB. The Appellate Body shall hear appeals from panel cases. It shall be composed of seven persons, *three of whom shall serve on any one case*. Persons serving on the Appellate Body shall serve in rotation. Such rotation shall be determined in the working procedures of the Appellate Body,” emphasis added. The text of the DSU is available in World Trade Organization, *The Legal Texts – The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, cit., p. 354 ff..

⁸ Not without a trace of irony, it has been underlined that on 13 December 2019 the WTO Secretariat circulated the communication that “the Members of the Appellate Body have elected Ms Zhao Hong to serve as Chair of the Appellate Body as of 1 December 2019 until 30 November 2020.” See WT/DSB/78, *Election of the Chair of the Appellate Body – Communication from the Appellate Body*, 13 December 2019.

⁹ The DSB is the WTO political body conferred with the power of administering the dispute settlement mechanism, as established by Article 2 of the DSU: “the DSB shall have the authority to establish panels, adopt panel and Appellate Body reports, maintain surveillance of implementation of rulings and recommendations, and authorize suspension of concessions and other obligations under the covered agreements.”

¹⁰ Pursuant to Article 17.2 of the DSU, “[t]he DSB shall appoint persons to serve on the Appellate Body for a four-year term, and each person may be reappointed once,” and has the duty to fill vacancies “as they arise.” When selecting the judges of the Appellate Body, the DSB has to deliberate by positive consensus, which means that “no Member, present at the meeting of the DSB when the decision is taken, formally objects to the proposed decision” (Article 2.4 of the DSU, footnote 1).

¹¹ As just illustrated, the Appellate Body needs a minimum of three members to deliver its adjudicatory activity. On the paralysis of the World Economic Court see the recent comments by G. Di Donfrancesco, *Intervista a Giorgio Sacerdoti: “Per colpa degli Stati Uniti la WTO non è più arbitro del commercio,”* in *Il Sole 24 Ore*, 11 December 2019; S. Nebehay, *U.S. Seals Demise of WTO Appeals Bench: Trade Officials*, Reuters, 9 December 2019; V. Hughes, *What’s Next for the WTO?*, *Bennetjones.com*, 12 December 2019; K.J. Pelc, J. Pauwelyn, *The WTO’s Trade Dispute Appeal System Could End on Dec. 10. Here’s What You Need to Know*, *The Washington Post*, 5 December 2019; N. Poitiers, *High Noon at the Appellate Body*, *Bruegel.org*, 9 December 2019.

¹² For an analysis of the GATT 1947 dispute settlement mechanism and its evolution into the current WTO DSM cfr. A. Ligustro, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all’OMC*, Padova, 1996.

¹³ Reverse consensus means that the request for the establishment of a panel, the panel and Appellate Body reports, and the request for suspension of concessions may be rejected by the DSB only provided that the latter “decides by consensus not to adopt” them. See Articles 6.1, 16.4, 17.14, and 22.6 of the DSU. The approval of the constitution of a panel, the recommendations and findings of WTO adjudicators, as well as the trade sanctions in case of

Article 16.4 of the DSU confers each disputant with the right to an appeal review,¹⁴ so that a WTO Member losing panel proceedings could impede the adoption of the panel report by appealing the latter “into the void,” i.e. exercising its right of appeal in front of a WTO Permanent Tribunal having less than three judges.

Faced with such an unprecedented multilateral challenge, the European Union (EU) chose to be a major international actor in the WTO reform process, indicating that “solving the Appellate Body crisis [is] a priority” for her.¹⁵ The EU has therefore developed an articulated strategy to deal with the blocking of the World Trade Court, a strategy based on four elements. Firstly, at the end of November 2018, the EU tabled two very interesting institutional proposals to revise the text of the DSU and provide with a formal and appropriate answer each of the critiques the US made on the Appellate Body activity,¹⁶ and guarantee the independence and impartiality of the World Trade Court.¹⁷ Secondly, in order to

no implementations of panel and AB reports is therefore quasi-automatic. On the WTO dispute settlement mechanisms see *inter alia* G. Adinolfi, *La soluzione delle controversie*, in G. Venturini (Ed.), *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2015, p. 304 ff.; M. Distefano, *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Padova, 2001; A. Ligustro, P. Picone, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002.

¹⁴ “Within 60 days after the date of circulation of a panel report to the Members, the report shall be adopted at a DSB meeting unless a party to the dispute formally notifies the DSB of its decision to appeal or the DSB decides by consensus not to adopt the report. If a party has notified its decision to appeal, the report by the panel shall not be considered for adoption by the DSB until after completion of the appeal. This adoption procedure is without prejudice to the right of Members to express their views on a panel report.”

¹⁵ See the *Background Brief of 22 May 2019 for the Foreign Affairs Council – Trade Issues of 27 May 2019*, at p. 2, available at the link www.consilium.europa.eu/media/39454/background-fac-trade_en.pdf.

¹⁶ The US accuses the Appellate Body of i) persistent overreaching, i.e. of interpreting WTO law beyond its text; ii) delivering advisory opinions by intervening on issues not necessary to resolve a dispute; iii) asserting that appellate reports have the value of precedent for future panels, although WTO Members did not agree on a system based on the *stare decisis* principle; iv) reviewing panel findings of fact and considering panel findings on municipal law as legal issues rather than issues of fact, thus infringing Article 17.6 of the DSU; v) constantly disregarding Article 17.5 of the DSU, pursuant to which appellate proceedings “[i]n no case shall ... exceed 90 days,” as the World Trade Court systematically delays the delivery of its reports; vi) too often applying Rule 15 of the Working Procedures of Appellate Review, thus illegitimately allowing a person who has ceased to be an Appellate Body member to continue deciding appeals even if his/her term has not been extended by the DSB. On these highly important and sensitive issues see C. Lo, J. Nakagawa, T. Chen (Eds.), *The Appellate Body of the WTO and its Reform*, Springer, Heidelberg, 2019; J. Lehne, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Berlin – Berne, 2019; W. Zhou, H. Gao, “Overreaching” or “Overreacting”? *Reflections on the Judicial Function and Approaches of WTO Appellate Body*, in *Journal of World Trade*, 2019, p. 951 ff.

¹⁷ Cfr. WT/GC/W/752, *Communication from the European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore and Mexico to the General Council*, 23 November 2018, and WT/GC/W/753, *Communication from the European Union, China and India to the General Council*, 23 November 2018. These two communications have been highly considered by Ambassador David Walker, appointed by the General Council as facilitator of the WTO informal process on matters related to the functioning of the Appellate Body, who very recently delivered the draft for a General Council Decision aiming at gathering the positive consensus of the WTO membership to overcome the impasse (WT/GC/W/791, *Draft Decision – Functioning of the Appellate Body*, 28 November 2019; see also JOB/GC/222, *Informal Process on Matters Related to the Functioning of the Appellate Body – Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand)*, 15 October 2019).

ensure a rule-based international trade in case of blockage of the WTO DSM, the EU activated the dispute settlement mechanisms of her free trade agreements, filing complaints with South-Korea over labour commitments,¹⁸ with Ukraine over the wood export ban of the European Eastern country,¹⁹ and with the Southern African Customs Union (SACU) over safeguard measures affecting trade in poultry.²⁰ Thirdly, in summer 2019, the EU took the lead in Geneva for the setting up of an interim appeal arbitration capable of guaranteeing to the Marrakech system a dispute settlement mechanism still functioning with a two-level of judgement and preserving the WTO case-law and procedures until the severe Appellate Body deadlock is overcome;²¹ and, fourthly, in December 2019, the European Commission unveiled a proposal reviewing the existing EU Enforcement Regulation²² to enable the Union to adopt unilateral measures in case a WTO Member losing WTO panel proceedings just aims at escaping a negative report by not accepting the EU contingent arbitration arrangement and appealing instead the contested panel report into the void -i.e. when the Appellate Body cannot work because it has fewer than three judges, thus condemning the dispute to remain unsettled and suspended into a legal limbo.²³

¹⁸ See *Republic of Korea – Compliance with Obligations under Chapter 13 of the EU – Korea Free Trade Agreement, Request for Consultations by the European Union*, 17 December 2018, and *Republic of Korea – Compliance with Obligations under Chapter 13 of the EU – Korea Free Trade Agreement, Request for the establishment of a Panel of Experts by the European Union*, 4 July 2019, available at the links trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/december/tradoc_157586.pdf and trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/july/tradoc_157992.pdf, both accessed on 1 December 2019.

¹⁹ See the *Note Verbale* of the Delegation of the European Union in Kiev presented to the Ukrainian Ministry of Foreign Affairs requesting consultations under the EU-Ukraine Association Agreement on 15 January 2019, and the *Note Verbale* of the Delegation of the European Union in Kiev presented to the Ukrainian Ministry of Foreign Affairs requesting the establishment of an arbitration panel under the EU-Ukraine Association Agreement on 20 June 2019, available at the links trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157625.pdf and trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157943.pdf, both accessed on 1 December 2019.

²⁰ See the *Note Verbale* of the Delegations of the European Union to the Kingdom of Lesotho, the Republic of Botswana, the Kingdom of Eswatini, the Republic of Namibia and the Republic of South Africa requesting consultations with the Southern African Custom Union (SACU) under the Economic Partnership Agreement between the European Union and the Southern African Development Community Member States (SADC), 14 June 2019, available at the link trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157928.pdf, accessed on 1 December 2019.

²¹ For the presentation of the EU proposal for an interim appeal arbitration as well the indications of all the relevant documents see *infra* paragraph 3 of the present work.

²² Regulation (EU) No 654/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 concerning the exercise of the Union's rights for the application and enforcement of international trade rules and amending Council Regulation (EC) No 3286/94 laying down Community procedures in the field of the common commercial policy in order to ensure the exercise of the Community's rights under international trade rules, in particular those established under the auspices of the World Trade Organization, in *OJEU* L 189/50 of 27.6.2014.

²³ See COM(2019) 623 final, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 654/2014 of the European Parliament and of the Council concerning the exercise of the Union's rights for the application and enforcement of international trade rules*, Brussels, 12.12.2019. Cfr. also the Report by the European Commission on the EU Enforcement Regulation (COM(2019) 639 final, *Report from the Commission to the European*

The purpose of this article is to present the EU interim appeal arbitration arrangement, which is based on Article 25 of the DSU, the provision shaped during the Uruguay Round in order to make available for the WTO Members an arbitration mechanism as an alternative means of dispute settlement to facilitate the solution of certain WTO disputes. The present work will thus first provide an overview of arbitration proceedings in the history of the GATT 1947 system and under Article 25 of the DSU, also considering the only controversy where WTO Members had recourse to the alternative means of multilateral dispute settlement at issue, in the case *US — Section 110(5) Copyright Act*.²⁴ Attention will then be devoted to the analysis of the EU interim appeal arbitration arrangement, for subsequently developing some final considerations on the chances of the EU contingency measure of being endorsed by a significant part of the WTO membership and thus representing an adequate interim mechanism capable of keeping the judicial review stage in the multilateral trade system while discussions continue to successfully overcome the blocking of the Appellate Body.

2318

2. Arbitration within the multilateral trade system: from GATT 1947 until Article 25 of the DSU

Arbitration as a peaceful means for settling disputes has a long tradition in international inter-State dispute settlement mechanisms. The possibility of concurring in the selection of the adjudicators as well as the definition of the applicable law, and the guarantee of a binding award for resolving the controversy determined the success of arbitration proceedings among the disputants, because of their flexibility combined with the indispensable mandatory character of the final decision.²⁵ Within the international trade law system, the Havana Charter contemplated the possibility for the contracting parties of resorting to arbitration, but it was only during the Uruguay Round that arbitration was formally introduced in the so called “Montreal Rules” or “Montreal Package,”²⁶ contemplating a provision very similar to what would become Article 25 of the

Parliament and the Council – Review of the scope of the Regulation No 654/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 Brussels, 12 December 2019), together with the official press releases by the European Commission accompanying the proposal for strengthening the EU trade toolbox (*Commission reinforces tools to ensure Europe’s interests in international trade*, Brussels, 12 December 2019; *Commission proposes new tools to enforce Europe’s rights in international trade*, Brussels, 12 December 2019). For a first comment on the EU proposal for trade enforcement see Z. Radosavljevic, *EU Leaders to Call for Strengthening of Trade Sanction Toolbox*, *Euractiv*, 11 December 2019; S. Cho, *Is the European Union Outsourcing Public International Law to Save the WTO Dispute Settlement System?*, *IELP Blog*, 12 December 2019.

²⁴ See WT/DS160/ARB25/1, *United States - Section 110(5) of the US Copyrights Act - Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU*, Award of the Arbitrators, 9 November 2001.

²⁵ See *inter alia* Y. Tanaka, *The Peaceful Settlement of International Disputes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 105-127 and the doctrine therein recalled.

²⁶ With these expressions are indicated the set of new rules developed for the multilateral dispute settlement mechanism during the Ministerial Meeting held in Montreal from 5 to 8 December 1988, which was the mid-term review of the Uruguay Round. See Eric White, *Reforming the Dispute Settlement System through Practice*, in H. Hohmann (Ed.), *Agreeing and Implementing the Doha Round of the WTO*, Cambridge, 2010, p. 261 ff.

DSU. In fact, paragraph E of the 1989 Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures established that “[e]xpeditious arbitration within GATT as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties,” and went on clarifying that resort to arbitration was to be “subject to mutual agreement of the parties which [had to] agree on the procedures to be followed,” notify of their arrangement to “all contracting parties sufficiently in advance of the actual commencement of the arbitration process” and consider as binding the arbitration award, while preserving the disputants’ discretion on the participation of other contracting parties to their arbitration proceedings.²⁷

Similarly, under Article 25 of the DSU WTO Member may employ “[e]xpeditious arbitration within the WTO as an alternative means of dispute settlement ... [to] facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties.”²⁸ The arbitration proceedings require the “mutual agreement of the parties,” which has to “be notified to all Members sufficiently in advance of the actual commencement of the arbitration process,” a transparency obligation aimed at allowing the WTO membership to know, consider and comment the WTO issues at the basis of the controversy, and thus also assess whether to become party to the arbitral alternative means of dispute settlement. A questionable aspect of Article 25 proceedings is the tighter treatment of third parties by comparison to the status conferred on them in DSU panel and appellate disputes:²⁹ in fact, pursuant to Article 25.3 of the DSU, “[o]ther Members may become party to an arbitration proceeding only upon the agreement of the parties which have agreed to have recourse to arbitration.” Such a limitation to the participation of third parties may be understood on general terms, i.e. in the light of the greater flexibility and discretion that DSU negotiators aimed to reserve to arbitration disputants. However, the multilateral and complex

²⁷ GATT L/6489, *Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures*, Decision of the CONTRACTING PARTIES of 12 April 1989, in *BISD* 36S/61. On these historical aspects of arbitration within the multilateral trade system cfr. V. Hughes, *Arbitration within the WTO*, in F. Ortino, E.-U. Petersmann (Eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, p. 75 ff.

²⁸ Article 25.1 of the DSU. On arbitration proceedings under Article 25 of the DSU see L. Boisson De Chazournes, *Arbitration at the WTO: A Terra Incognita to Be Further Explored*, in S. Charnovitz, D.P. Steger, P. Van Den Bossche (Eds.), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, 2005, p. 181 ff.; D. Jacyk, *The Integration of Article 25 Arbitration in WTO Dispute Settlement: The Past, Present and Future*, in *Australian International Law Journal*, 2008, p. 235 ff.; C.-fa Lo, *The Shrinking Role of Article 25 Arbitration in DSU: A Proper Understanding of “Clearly Defined” Issues to Enhance Efficiency of WTO Dispute Settlement Procedure*, in *US-China Law Review*, 2011, p. 879 ff.; B.H. Malkawi, *Arbitration and the World Trade Organization – The Forgotten Provisions of Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, p. 173 ff.; P. Monnier, *Working Procedures before Panels, the Appellate Body and Other Adjudicating Bodies of the WTO*, in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2002, pp. 481-538; R. Wolfrum, *Article 25 DSU – Arbitration*, in R. Wolfrum, P.T. Stoll, K. Kaiser (Eds.), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden / Boston, 2006, p. 566 ff.

²⁹ See Articles 10 and 17.4 of the DSU, Appendix 3 of the DSU on the Working Procedures for panels, and Rule 24 of the Working Procedures for Appellate Review (WT/AB/WP/6, cit.).

character of the WTO system, based on the principle of non-discrimination, demands for the constant possibility of participation of any interested WTO Member to the discussion, interpretation, litigation concerning a multilateral trade issue, an aspect fully understood by WTO adjudicators since the beginning of the functioning of the Marrakech dispute settlement mechanism when they applied the DSU provisions and shaped the procedural rules concerning third parties and third participants in panel and appellate proceedings.³⁰

Last but not least, Article 25.3 of the DSU confers automatic binding nature to the arbitration award, as “[t]he parties to the proceeding ... [have to] agree to abide by” the latter. The arbitration award has also to be “notified to the DSB and the Council or Committee of any relevant agreement where any Member may raise any point relating thereto,” thus confirming that Article 25 rulings are part of the Marrakech case-law, which any WTO Member has the right to comment within the DSB or any other relevant WTO body. Finally, Article 25.4 of the DSU extends to the arbitration awards the remedies of the suspension of concessions or other obligations enshrined in Articles 21 and 22 of the DSU.

2320

So far, WTO Members resorted to the remedy of Article 25 of the DSU only once, and only for determining the amount of compensation due by the losing party because of its infringement of some TRIPs (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)³¹ obligations found by a panel report already approved by the DSB.³² In the *US — Section 110(5) Copyright Act* case, the disputants asked the arbitrators to establish the damage suffered by the EU because of the infringement by the US legislation of copyrights of European musicians and performers. This first -and up to now unique- Article 25 arbitration award authoritatively declared the *kompetenz-kompetenz* principle, recalling the Appellate Body finding in the *US — 1916 Act (EC)* case pursuant to which “it is a widely accepted rule that an international tribunal is entitled to consider the issue of its own jurisdiction on its own initiative.”³³ The WTO arbitrators therefore stated that “[i]n the absence of a multilateral control over recourse to [Article 25 of the DSU] ... it is incumbent on the Arbitrators themselves to ensure that [such provision] is applied in accordance with the rules and principles governing the WTO system.”³⁴

³⁰ On the role for third parties and third participants in WTO litigation developed in particular by the case-law of the Appellate Body see E. Baroncini, *L'approccio inclusivo dell'Organo d'appello dell'OMC per una giurisprudenza informata, partecipata, ed aperta*, in *Liber Amicorum Angelo Davì, La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Vol. III, Napoli, 2019, p. 1767 ff.

³¹ The text of the TRIPs Agreement is available in World Trade Organization, *The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, cit., p. 321 ff.

³² Panel Report, *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, adopted 27 July 2000.

³³ Appellate Body Report, *United States - Anti-Dumping Act of 1916 (US — 1916 Act (EC))*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adopted 26 September 2000, para. 54,

³⁴ WT/DS160/ARB25/1, *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act, Award of the Arbitrators*, 9 November 2001, para. 2.1. On this award see G.M. Grossman, P.C. Mavroidis, *US — Section 110(5) Copyright Act United States — Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU: Would've or Should've? Impaired Benefits Due to Copyright Infringement*, in *World Trade Review*, 2003, p. 281 ff.

While recourse to arbitration under Article 25 of the DSU remained confined, within the WTO practice, to the just reported case, the importance and value of this alternative means for settling disputes emerged in the mid of the institutional crisis caused by the blocking of the AB members' appointment due to the US approach. Various scholars started to suggest recourse to the use of arbitration under Article 25 of the DSU "as a temporary avenue to enable appeals of panel reports."³⁵ The EU developed a very effective formula of bilateral arbitration arrangement modelled on Article 25 of the DSU, a formula which may be easily endorsed by any willing WTO Member. The continuation of the present work will thus be devoted to the analysis of the EU interim appeal arbitration, which could represent a most effective tool to temporarily overcome the impossibility to adjudicate of the WTO Appellate Body.

3. The Interim Appeal Arbitration Agreement based on Article 25 of the DSU proposed by the European Union

2321

In May 2019, it was reported by the specialized press that the EU was planning to propose the use of arbitration proceedings under Article 25 of the DSU to provide a temporary solution to the AB crisis.³⁶ The European Commission was in fact preparing an arbitration model under Article 25 of the DSU, which would have been the basis of negotiations to be launched with other WTO Members after having obtained the mandate to lead such consultations from the EU Council.³⁷ The latter, in the configuration "Foreign Affairs – Trade Issues," endorsed the European Commission's approach on 27 May 2019, declaring that "[a]s regards the Appellate Body crisis ... the EU should reach out to other WTO members to work on an interim solution that preserves the binding character and the two levels of adjudication of the WTO dispute settlement system."³⁸

The draft text of the joint communication containing the WTO interim appeal arbitration agreement –already leaked by the media at the beginning of June 2019–³⁹ was presented by the European Commission at the EU Trade Policy

³⁵ S. Andersen, T. Friedbacher, C. Lau, N. Lockhart, J.Y. Remy, I. Sandford, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, CTEI Working Papers CTEI-2017-17, at p. 1. See also J. Bacchus, *Saving the WTO's Appeals Process*, www.cato.org/blog, 19 October 2018; J. Hillebrand Pohl, *Blueprint for a Plurilateral WTO Arbitration Agreement under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*, in D. Prévost, I. Alexovičová, J. Hillebrand Pohl (Eds.), *Restoring Trust in Trade, Liber Amicorum in Honour of Peter Van den Bossche*, Oxford, 2019, p. 139 ff.

³⁶ See World Trade Online, *EU Moving Forward with WTO Appellate Body Backup Plan*, 28 May 2019.

³⁷ Cfr. Council of the European Union, doc. 9506/19, *WTO Appellate Body*, 20 May 2019. See also I. Dreyer, *EU to Launch Talks for Alternative WTO Appellate Mechanism*, *Borderlex*, 22 May 2019.

³⁸ EU Council Conclusions 9753/19, *Outcome of the Council Meeting - 3695th Council meeting, Foreign Affairs - Trade issues*, Brussels, 27 May 2019, at p. 3.

³⁹ See the post by Tom Miles, Chief Correspondent at the Reuters Geneva Bureau, dated 6 June 2019, appeared as a comment to S. Charnovitz, *The WTO Appellate Body Crisis: A Critique of the EU's Article 25 Proposal*, in *IELP Blog*, June 2019, at the link

Committee (Deputies) in early July 2019, and then immediately brought to the attention of the EU Council, who was invited to authorise that text.⁴⁰ On 15 July 2019, the EU “Agriculture and Fisheries” Council hence “endorsed a model communication relating to interim arrangements that the EU will seek to put in place to preserve its ... [WTO] rights pending the resolution of the blockage of appointments to the WTO Appellate Body,” emphasising that “[t]hese arrangements will provide for arbitration, on the basis of Article 25 of the [DSU] ... to decide on appeals from panel reports if, and as long as, the Appellate Body is non-operational due to the blockage of new appointments.”⁴¹

As first partner with which to agree on the proposed joint communication, the EU chose Canada, because of their common “strong support for the multilateral trading system”⁴² and recognition of “the indispensable role that the World Trade Organization ... plays in facilitating and safeguarding international rules-based trade.”⁴³ At the 17th Bilateral EU-Canada Summit, held in Montreal on 17-18 July 2019, the two WTO Members therefore announced that they were “finalizing an interim appeal arbitration arrangement based on existing WTO rules which could apply until the WTO Appellate Body is able to hear new appeals again”⁴⁴: it was thus possible for the European Commission to officially present in Geneva the “Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU,” combined with its Annex on “Agreed Procedures,” as an agreement with Canada, notified to the WTO Secretariat on 25 July 2019.⁴⁵ Subsequently, in September 2019, the European Commission decided to confer the Commissioner in charge for Trade with the power “to adopt, on behalf of the Commission and under its responsibility, certain measures concerning the interim appeal arbitrations at the World Trade Organization,”⁴⁶ i.e. to enter into bilateral arrangements to

ielp.worldtradelaw.net/2019/06/the-wto-appellate-body-crisis-a-critique-of-the-eus-article-25-proposal.html, accessed on 30 October 2019.

⁴⁰ See Council of the European Union, doc. 10905/19, *WTO Appellate Body – Interim Arrangement – Endorsement*, 5 July 2019. The EU procedure just described in the text represents the application of the “Arrangements for Non-Binding Instruments” agreed among the Secretary Generals of the Council, the Commission and the EEAS as a follow-up to the judgment of the EU Court of Justice in case C-660/13, *Council of the European Union v European Commission*, EU:C:2016:616. See Council of the European Union, doc. 15367/17, *Follow up to Judgment in Case C-660/13 – Arrangements between Secretaries General on Non-Binding Instruments*, 4 December 2017.

⁴¹ EU Council Conclusions 11255/19, *Outcome of the Council Meeting – 3708th Council meeting, Agriculture and Fisheries*, Brussels, 15 July 2019, at p. 11.

⁴² *Canada-EU Summit Joint Declaration, July 17-18, 2019, Montreal*, para. 12.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.* See also L. Sevunts, *Canada and EU Work on ‘Interim Fix’ to Save Global Trade Body*, *Radio Canada International*, 18 July 2019.

⁴⁵ JOB/DSB/1/Add.11, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes – Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of Canada and the European Union, 25 July 2019. Paragraph 8 of the EU/Canada agreed procedures for arbitration under Article 25 of the DSU was slightly modified on 21 October 2019 by the WTO document JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1.

⁴⁶ PV(2019) 2306 final, *European Commission, Minutes of the 2306th meeting of the Commission held in Brussels (Berlaymont) on Wednesday 4 September 2019 (morning)*, at p. 10.

provisionally overcome the crisis of the blockage of the Appellate Body with any other willing WTO Member. The EU institution hence set up the necessary legal tools and framework for moving forward with the European strategy of preserving a two-tier quasi-judicial mechanism for the multilateral trade system in case the World Trade Court were stopped being operational on 11 December 2019.⁴⁷

As already hinted, the EU/Canada arrangement, which was copy-pasted and also concluded with Norway on 21 October 2019,⁴⁸ is composed of two parts: the “Interim Appeal Arbitration pursuant to Article 25 of the DSU,” and the “Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X,” annexed to the first part of the bilateral understanding. The introductory section expresses the “utmost concern”⁴⁹ of the EU and her partner because of “the enduring absence of consensus in the Dispute Settlement Body for the proposals made to fill the vacancies”⁵⁰ of the World Trade Court, and formulates the joint political vision on which the “appeal arbitration procedure” is based, also codifying the basic principles having to characterize the interim Article 25 appeal arbitration. In the preambular part it is thus “acknowledg[ed] the successful contribution of the WTO dispute settlement system to the security and predictability of the multilateral trading system,”⁵¹ and reaffirmed the commitment of the contracting parties “to a multilateral rules-based trading system;”⁵² the “role of the Appellate Body within the WTO dispute settlement system”⁵³ is considered “essential,”⁵⁴ thus coherently underlining “the urgency and importance of filling the vacancies on the Appellate Body so that it can carry on its functions as envisaged by the DSU;”⁵⁵ and it is finally and consistently declared the determination of the two contracting parties “to preserve the essential principles and features of the WTO dispute settlement system which include its binding character and the two levels of adjudication through an independent and impartial appellate review of panel reports.”⁵⁶ The joint communication therefore clearly states the provisional nature of the appeal arbitration procedure: the latter may be used only in the case that the Appellate Body will not be able “to hear

⁴⁷ See *European Commission Adopts Mandate to Extend Interim Appeal Arbitration Arrangement*, Brussels, 4 September 2019.

⁴⁸ JOB/DSB/1/Add.11/Suppl.1, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes - Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of the European Union and Norway, 21 October 2019; see also *EU and Norway Agree in Interim Appeal System in Wake of World Trade Organization Appellate Body Blockage*, Brussels, 21 October 2019.

⁴⁹ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Interim Appeal Arbitration pursuant to Article 25 of the DSU*, cit., at p. 1.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

appeals of panel reports in any future dispute between [the third country] and the European Union due to an insufficient number of its members;⁵⁷ and the interim Article 25 arbitration has “to replicate as closely as possible all substantive and procedural aspects as well as the practice of Appellate Review pursuant to Article 17 of the DSU,”⁵⁸ foreseeing also “the provision of appropriate administrative and legal support to the arbitrators by the Appellate Body Secretariat.”⁵⁹ As a guarantee that the “substantive and procedural aspects” of the WTO appellate procedures are observed in the interim Article 25 arbitration, the bilateral agreement establishes that the arbitrators of the interim procedure will be “selected by the Director General from the pool of available former members of the Appellate Body,”⁶⁰ also clearly declaring that recourse to the appeal arbitration procedure “will cease ... as soon as the Appellate Body is again fully composed.”⁶¹

In the Annex, the specific procedures for the interim Article 25 arbitration are considered. Once again it is clearly stated that “[t]he arbitration may only be initiated if the Appellate Body is not able to hear an appeal in [the dispute at hand] under Article 16.4 and 17 of the DSU,”⁶² a situation which “is deemed to arise where, on the date of issuance of the final panel report to the parties, there are fewer than three Appellate Body members.”⁶³ Before the circulation of the final panel report to the WTO membership, any party may start the interim appeal arbitration procedure by requesting the panel to suspend panel proceedings for 12 months pursuant to Article 12.12 of the DSU. Therefore, “no later than 10 days after the suspension of the panel proceedings,”⁶⁴ the Notice of Appeal has to be filed with the WTO Secretariat. Such Notice of Appeal “shall include the final panel report in the official languages of the WTO,”⁶⁵ and has to be “simultaneously notified to the other party and to the third parties in the panel proceedings.”⁶⁶ Furthermore, the Annex establishes that “[t]hird parties which have notified the DSB of a substantial interest in the matter before the panel pursuant to Article 10.2 of the DSU may make written submissions to, and shall be given an opportunity to be heard by, the arbitrator,”⁶⁷ applying *mutatis mutandis* Rule 24 of the Working Procedures for

⁵⁷ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Interim Appeal Arbitration pursuant to Article 25 of the DSU*, cit., para. 1.

⁵⁸ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Interim Appeal Arbitration pursuant to Article 25 of the DSU*, cit., para. 2.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Interim Appeal Arbitration pursuant to Article 25 of the DSU*, cit., para. 3.

⁶¹ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Interim Appeal Arbitration pursuant to Article 25 of the DSU*, cit., para. 6.

⁶² JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X*, cit., para. 2.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X*, cit., para. 5.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X*, cit., para. 11.

Appellate Review.⁶⁸ In this way, the EU interim appeal arbitration procedure overcomes the problematic aspect highlighted above on Article 25.3 of the DSU, where the latter provides that the disputants have the power to decide on the participation of other WTO Members to the arbitration proceedings: by introducing the obligation of accepting in advance the presence of third parties, the EU appeal arbitration maintains the important inclusive institutional feature of the role of third parties characterizing panel and AB adjudicatory activities.⁶⁹ Paragraph 9 of the Agreed Procedures clarifies another fundamental aspect of the interim appeal arbitration, i.e. that such appeal, similarly to what foreseen for the Appellate Body by Article 17.6 of the DSU, “shall be limited to issues of law covered by the panel report and legal interpretations developed by the panel,”⁷⁰ so that “[t]he arbitrators may uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions of the panel.”⁷¹ Last but not least, it is foreseen that the findings of the panel report which have not been appealed through the interim arbitration will become binding because those panel findings “shall be deemed to form an integral part of the arbitration award,”⁷² and that awards issued under the interim appeal arbitration procedure “shall be deemed to constitute Appellate Body reports adopted by the DSB for the purposes of interpretation of the covered agreements.”⁷³ Of course, the Annex reiterates the immediate binding nature of the arbitration award, as the parties agree to observe the latter and consider it final, and also have the duty to notify it “to the DSB and to the Council or Committee of any relevant agreement,”⁷⁴ where any WTO Member has the right to deliver statements on any aspect of the award.

4. Reactions of the WTO membership to the EU *ad hoc* arbitration proposal

Geneva trade experts announced that the EU interim appeal arbitration proposal, beyond Canada and Norway, could be accepted by other WTO Members such as Australia, Argentina, Brazil, Chile, China, India, Japan and Turkey, developed and developing countries sharing with the EU the view of the need to “continue to rely on binding dispute settlement in future,”⁷⁵ and the overall positive assessment of the Appellate Body’s activity in shaping and preserving a multilateral trade system which is stable and predictable because it is rules-based and capable of issuing dispute settlement decisions that will be respected by both the disputants “as binding and final.”⁷⁶ The Chinese Ambassador to the WTO, in particular, just on

⁶⁸ See WT/AB/WP/6, cit.

⁶⁹ See *supra*, paragraph 2.

⁷⁰ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X*, cit., para. 9.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X*, cit., para. 8.

⁷⁴ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X*, cit., para. 10.

⁷⁵ See T. Miles, *EU, Canada Agree First Workaround to Avoid U.S. Block on WTO Judges*, Reuters Business News, 25 July 2019.

⁷⁶ *Ibid.*

the eve of the Appellate Body's paralysis, has already declared that "Beijing is actively working to support the EU's vision of an appeal-arbitration model."⁷⁷

The EU proposal thus seems to be gradually persuading different major actors of the multilateral trade system. Should the net of bilateral appeal arbitration arrangements start to persistently win the favour of various WTO Members, a sort of *de facto* plurilateral dispute settlement agreement could materialize. Such an important outcome could gain diplomatic space for the discussions to reform the DSU and thus make the Appellate Body operational again, and would be smoothly achieved, overcoming all the legal difficulties of setting up a formal plurilateral agreement on dispute settlement within the WTO legal framework,⁷⁸ as well as the political and legal perplexities on the legitimate feasibility of a treaty of "The Real Friends of Dispute Settlement" outside the multilateral trade system.⁷⁹ Furthermore, the EU choice to base her interim arbitration solution on the existing mechanism contemplated in Article 25 of the DSU, combined with the already-in-force WTO Working Appellate Procedures⁸⁰ and Rules of Conduct,⁸¹ allows avoiding the thorny issue of which procedural rules would be advisable to choose to guarantee WTO compatible proceedings and awards.⁸² What's more, by recalling that the interim Article 25 arbitration has "to replicate as closely as possible all substantive and procedural aspects as well as the practice of Appellate Review pursuant to Article 17 of the DSU,"⁸³ and expressly foreseeing that awards issued under the interim appeal arbitration procedure have to be "deemed to constitute Appellate Body reports adopted by the DSB for the purposes of interpretation of the covered agreements,"⁸⁴ the EU interim arbitration arrangement preserves and strengthens the consideration -and respect- of the most appreciated WTO case-law, together with its harmonious and further constructive development.

5. Conclusions

In the very delicate institutional crisis triggered by the United States on the Appellate Body composition -appearing as most peculiar since the World Trade Court "has over the years served as a point of reference in different academic and

⁷⁷ B. Baschuk, *China May Back EU's Trade-Dispute 'Plan B' as Trump Hobbles WTO*, Bloomberg, 10 December 2019.

⁷⁸ On these aspects cfr. Q. Kong, S. Guo, *Towards a Mega-Plurilateral Dispute Settlement Mechanism for the WTO?*, in *Journal of World Trade*, 2019, p. 273 ff.

⁷⁹ See P.J. Kuijper, *From the Board: The US Attack on the WTO Appellate Body*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2018, p. 1 ff., in particular at pp. 10-11.

⁸⁰ WT/AB/WP/6, cit.

⁸¹ WT/DSB/RC/1, *Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, 11 December 1996.

⁸² See A. Hazarika, P. Van Vaerenbergh, "One Rule to Rule Them All": Rules for Article 25 DSU Arbitration, in *Journal of International Arbitration*, 2019, p. 595 ff.

⁸³ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Interim Appeal Arbitration pursuant to Article 25 of the DSU*, cit., para. 2.

⁸⁴ JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1, *Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X*, cit., para. 8.

policy debates about efficient institutional design for international dispute resolution”-⁸⁵ the EU proposal for an interim appeal arbitration expresses without doubt high technical quality capable of attracting the WTO Members most committed to maintaining and strengthening the rule of law in the multilateral trade system also through a two-tier level of adjudication. While it seems unlikely, at least in the short time, to assist to a favourable approach by Washington to the EU initiative, the EU Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU could nevertheless provide for vital diplomatic space to fix the WTO dispute settlement mechanism, or devise *ex novo* a new multilateral legal framework, thus preserving the principle of cooperation as the central pillar of the international governance necessary for a free and fair global economy.

The US approach seems more and more characterized by the intent of disarticulating the WTO jurisdictional pillar, as most recently witnessed by the US decision to introduce drastic cuts in the WTO budget for the expenses of the functioning of the Appellate Body.⁸⁶ Nonetheless the EU is showing the strongest determination “to preserve its rights as enshrined in the WTO Agreements, notably the right to an appeal review,” and thus not to renounce to “a rules based multilateral trading system,” considering that such approach is “owe[d] ... to our citizens and our businesses, because it is them, ultimately, that benefit from the system.”⁸⁷ The greatest attention has therefore to be reserved to the constructive initiatives proposed by the EU, as the latter is the world’s largest trading block and the expression of a process of a unique political integration which, in spite of its current internal challenges, could well advance a most significant contribution for governing international trade with transparent, inclusive and fair mechanisms and rules.

⁸⁵ J. Lam, *WTO AB as a Model for Other Adjudicatory Bodies – The Case of EU’s Investment Court System*, in C. Lo, J. Nakagawa, T. Chen (Eds.), *The Appellate Body of the WTO and its Reform*, Heidelberg, 2019, p. 331 ff.

⁸⁶ Originally threatening to veto the entire 2020 WTO budget, the US administration conditioned its endorsement to the latter to the acceptance by the rest of the WTO membership of drastic cuts of the Appellate Body’s expenses: “[t]he deal limits annual spending for appellate body members to no more than 100,000 francs, an 87% reduction from the full allotment, and caps spending by the body’s operating fund to 100,000 francs, a 95% reduction” (B. Baschuk, *WTO Members Agree on a 2020 Budget, Averting Jan. 1 Shutdown*, Bloomberg, 5 December 2019). See also the statement of the US Ambassador Dennis Shea on Appellate Body members’ compensation delivered at the DSB meeting of 22 November 2019: *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body Delivered by Ambassador Dennis Shea, U.S. Permanent Representative to the World Trade Organization*, Geneva, November 22, 2019, available at the link geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Nov22.DSB_Stmt_as-deliv.fin_public.pdf, accessed on 16 December 2019. For a comment, cfr. M. Becker, *Might Makes Right? Donald Trump Damages America By Defanging WTO*, *Spiegel online*, 10 December 2019.

⁸⁷ *Statements by the European Union at the WTO General Council Meeting, 9-10 December 2019*, available at eeas.europa.eu/delegations/world-trade-organization-wto/71834/statements-european-union-wto-general-council-meeting-9-10-december-2019_en, accessed on 16 December 2019.

La riforma elettorale in Canada: la difficile ricerca di un'alternativa al “first-past-the-post system”

di Rino Casella

Abstract: The electoral reform in Canada: the difficult search for an alternative to the “first-past-the-post system” – This paper provides an overview of Canada’s electoral system and a review of past Canadian federal and provincial electoral reform initiative. The “single-member plurality system”, commonly referred to as the “first-past-the-post”, used in Canada at the federal level since Confederation, has essentially three major effects on electoral politics: it converts a minority of votes into a majority of seats, it handicaps smaller national parties by giving them a smaller share of seats than their share of the popular vote, it encourages regionalism. The performance of Canada's electoral system has been a frequent subject of discussion and examination and many reforms of the “first-past-the-post” have been considered. The case for electoral reform in Canada is compelling and the issue has been actively debated for many years both federally and provincially, but yet no reform proposals has ever been adopted.

Keywords: Canada; Electoral reform; Single-member plurality; First-past-the-post; Trudeau.

2329

1. Premessa

La riforma del sistema elettorale rappresenta uno dei temi centrali del dibattito politico e istituzionale canadese. Fin dalla nascita della Conferazione, il c.d. *first-past-the-post*, ovvero il modello elettorale uninominale maggioritario di tipo inglese, è stato utilizzato per l'elezione della Camera dei Comuni, ma nonostante il suo radicamento nella tradizione storica del Paese, da tempo è oggetto di profonde critiche sia da parte del mondo politico e accademico che da ampi settori dell'opinione pubblica.

Il sistema è infatti accusato di essere *underdemocratic* e *unfair* per gli effetti distorsivi che viene a produrre, come dimostrano i casi di sovra- o sotto-rappresentazione dei partiti (e in particolare di quello di governo) e di *wrong winner elections* (esito elettorale in cui la maggioranza dei seggi viene assicurata a una formazione diversa da quella che ottenuto più voti), nonché di accentuare le divisioni presenti nel Paese, caratterizzando sempre più in senso regionale i partiti politici.

In tale ottica, per inquadrare il sistema elettorale all'interno della delicata trama di rapporti tra la Federazione e le Province che caratterizza l'assetto istituzionale canadese, appare indispensabile avviare l'analisi dall'evoluzione della disciplina costituzionale a tutela del principio della rappresentanza per

popolazione che fin dal 1867 è alla base della composizione dell'*House of Commons* per poi richiamare le modalità con cui il *first-past-the-post* si è affermato in Canada e gli effetti che ha prodotto sul suo sistema partitico e parlamentare.

Del resto, proprio la centralità assunta dall'attuale sistema di voto all'interno della dinamica politica e istituzionale canadese, da sempre particolarmente complessa, ha costantemente condizionato l'esito del dibattito che si è sviluppato intorno alla ricerca di un modello elettorale alternativo, evidenziando i limiti, anche di natura costituzionale, che si sono frapposti ai numerosi tentativi di riforma del sistema maggioritario uninominale avviati a livello federale e nelle Province.

2. La composizione della Camera dei Comuni e il principio della rappresentanza per popolazione dalla nascita della Confederazione all'introduzione della *senatorial clause*

2330

Nel 1867 i *Fathers of Confederation*, al fine di assicurare a tutte le Province fondatrici una rappresentanza in seno alla Camera dei Comuni, decisero di adottare, come principio fondamentale del nuovo assetto costituzionale canadese definito dal *British North America Act* del 1867 (ribattezzato nel 1982 *Constitutional Act, 1867*)¹, quello della «*representation by population*» («*rep by pop*») in virtù del quale ogni Provincia avrebbe ottenuto un numero di seggi proporzionale alla sua popolazione².

Al riguardo, il *Constitutional Act, 1867*, nella versione originaria dell'art. 37, fissò a 181 il numero dei deputati eletti dagli elettori ammessi al voto, riconoscendone tra questi 82 all'Ontario, 65 al Québec, 19 alla Nuova Scozia e 15 al Nuovo Brunswick e all'art. 51 introdusse la regola in base alla quale, affinché l'*House* fosse adeguatamente rappresentativa della popolazione delle Province, il numero dei seggi riconosciuti a ciascuna di esse dovesse essere ricalcolato dopo ogni censimento decennale a partire da quello del 1871³. Oltre a ciò, in base all'art. 52, il Parlamento federale disponeva del potere di incrementare il numero dei seggi

¹ L'atto, approvato dal Parlamento di Westminster, sancì la creazione del *Dominion of Canada*, definendone l'assetto istituzionale sulla base delle risoluzioni adottate nella Conferenza di Charlottetown (settembre 1864), organizzata dai rappresentanti delle Province unite del Canada (composte dall'*Upper* e dal *Lower Canada*, rispettivamente corrispondenti alle odierne Province del Québec e dell'Ontario), del Nuovo Brunswick, della Nuova Scozia e dell'Isola del Principe Edoardo, poi approvate nella successiva Conferenza del Québec (ottobre 1864) composta anche dai delegati di Terranova e Labrador. Sulla storia costituzionale canadese, fra tutti, si veda T. Groppi, *Canada*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 29 ss..

² Cfr., A. Sancton, *The principle of representation by population in canadian federal politics*, in *Mowat Centre for Policy Innovation (paper)*, School of Public Policy & Governance, University of Toronto, march, 2010, pp. 2 ss., per il quale, l'adozione nel 1867 della «rappresentanza secondo la popolazione» (in luogo della ripartizione paritaria dei seggi tra l'*Upper* e dal *Lower Canada* presente nell'assemblea unitaria istituita dall'*Union Act* del 1840), fu accettata dalle Province quale «*foundational principle*» della Confederazione attraverso uno «scambio con il federalismo e l'autonomia provinciale». Sul tema, M. Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, in *Amministrazione in cammino*, 04-05-2012, pp. 6 ss..

³ Sul *decennial reapportionment* quale apporto della costituzione statunitense a quella canadese, *ibidem*, p. 7, nota n. 19.

della Camera dei Comuni a condizione di non alterare il principio della rappresentanza proporzionale.

L'adesione delle nuove Province alla Federazione e il diverso sviluppo demografico tra le diverse aree ha imposto nel tempo un incremento del numero dei seggi e una periodica modifica della formula per la loro distribuzione, rendendo sempre più problematica la piena applicazione del principio del "*rep by pop*" in un Paese segnato da marcate diversità geografiche, culturali e politiche e nel quale è risultata costante l'esigenza di proteggere, in particolare, la rappresentanza delle piccole Province rispetto a quelle grandi, di bilanciare la parte occidentale con quella orientale e di scongiurare il rischio di una *underrepresentation* del Québec⁴.

Così, al riguardo, il numero iniziale dei seggi distribuiti tra le varie Province fu determinato dividendo la loro popolazione con un numero fisso (*electoral quota* o *quotient*) ottenuto dal rapporto tra la cifra della popolazione del Québec e 65, ovvero il numero dei seggi che erano costituzionalmente garantiti a tale Provincia alla Camera dei Comuni⁵. A questa *representation formula* era prevista solo un'eccezione a partire dalla definizione della c.d. «regola del ventesimo» («*the one-twentieth rule*») in base alla quale nessuna Provincia poteva perdere dei seggi nel corso di una loro nuova ridistribuzione a meno che la sua popolazione non fosse diminuita di almeno un cinque per cento (un ventesimo) in rapporto a quella nazionale nel periodo intercorso gli ultimi due censimenti⁶.

Nel corso dei primi venticinque della Confederazione l'applicazione della formula non risultò problematica a causa della crescita della popolazione canadese, ma nel 1892, per la prima volta, le tre Province marittime persero dei seggi alla Camera in ragione della diminuzione del rapporto tra il numero dei loro abitanti (peraltro in crescita) e il totale calcolato su scala nazionale⁷.

In particolare, nel 1903 l'Isola del Principe Edoardo, in ragione di un'ulteriore riduzione della propria rappresentanza, al fine di mantenere i seggi che le erano stati attribuiti al momento del suo ingresso nella Confederazione, giunse ad adire la *Supreme Court*, ma quest'ultima riaffermò che la rappresentanza dovesse essere calcolata sul totale della popolazione, così come stabilito dall'art.

⁴ Per un quadro delle successive modifiche al numero dei deputati introdotte per assicurare la rappresentanza alle nuove Province ammesse nella Federazione, si vedano Elections Canada, *History of Representation in the House of Commons of Canada*, Ottawa, Office of the Chief Electoral Officer of Canada, 2012, pp. 1 ss e M. Bosc, A. Gagnon (Eds), *House of Commons Procedure and Practice*, cap. IV, Third edition, 2017 (pubblicato sul sito [Internet](#) del Parliament of Canada, *House of Commons*, aprile 2019).

⁵ Nel 1865, nel corso del dibattito sulla Confederazione, l'allora Procuratore generale John A. Macdonald (poi in seguito, com'è noto, primo *Prime Minister* canadese) spiegò che il Québec era stato scelto come Provincia cardine perché era «il più adatto allo scopo, a causa del carattere relativamente permanente della sua popolazione» e dal fatto che non avesse «né il più grande, né il minimo numero di abitanti» (cfr., Canada, Legislative Assembly, *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of British North American Provinces*, Third Session, Eighth Provincial Parliament of Canada (Québec: Hunter, Rose, Parliamentary Printers, 1865, February 6, 1865, p. 38).

⁶ Cfr., Elections Canada, *History of Representation in the House of Commons of Canada*, cit., p. 4.

⁷ Sancton, *The principle of representation by population in canadian federal politics*, cit., pp. 4 ss..

51 del *Constitutional Act, 1867*⁸. Tuttavia, nel 1915, proprio allo scopo di consentire alle Province più piccole di mantenere i propri seggi anche a fronte del declino della loro popolazione in relazione a quella nazionale, fu adottato il *British North America Act, 1915* che, nell'operare una restrizione del principio di rappresentanza proporzionale, introduceva nel *Constitutional Act, 1867* l'art. 51A (ancora vigente) volto a garantire ad una Provincia un numero di deputati mai inferiore a quello dei Senatori ad essa riconosciuti (la c.d. *senatorial clause* o *senate floor rule*)⁹.

3. *Segue: la ricerca di una nuova “formula” per la distribuzione dei seggi dell’House e il Fair Representation Act del 2011*

Dopo il censimento del 1941, fu adottato un nuovo emendamento costituzionale (*British North America Act, 1943*) per affidare il processo di redistribuzione dei seggi alla prima sessione parlamentare successiva al termine della guerra. In effetti, le Province occidentali temevano gli effetti sulla loro rappresentanza in seno alla Camera dei Comuni dei cambiamenti demografici determinati dal conflitto, mentre le altre manifestavano la loro insoddisfazione per la vigente ripartizione dei deputati, visto che l'applicazione della *senatorial clause* e della *the one-twentieth rule* finiva per premiare, grazie all'attribuzione di seggi aggiuntivi, cinque Province su nove¹⁰.

La richiesta di una nuova formula di ripartizione dei seggi portò all'approvazione del *British North America Act, 1946* con cui venne abolita la «regola del ventesimo» e introdotta una nuova formula in base alla quale 254 dei 255 seggi complessivi erano distribuiti tra le Province non più in base alla popolazione media per distretto elettorale del Québec, ma a quella totale del Canada. Tuttavia, l'applicazione del nuovo criterio sulla base ai dati del censimento del 1951 determinò una perdita di seggi per la Nuova Scozia, il Manitoba e lo

⁸ Cfr., Supreme Court of Canada, *In Re Representation of P.E.I. in the House of Commons*, (1903) 33 SCR 594, 08/06/1903. In merito, si veda N. Ward, *The Canadian House of Commons: Representation*, Toronto, University of Toronto Press, 1950, pp. 39 ss..

⁹ Cfr., Sancton, *The principle of representation by population in canadian federal politics*, cit., p. 4. La creazione del Senato, inizialmente chiamato dai Padri della Federazione come *Legislative Council*, scaturì dalla ricerca, in seno alle due conferenze dei rappresentanti delle diverse Province, di un assetto istituzionale in grado di assicurare, attraverso il ruolo e la composizione attribuiti all'*Upper House*, un bilanciamento tra la rappresentanza proporzionale (propria dalla Camera dei Comuni) e quella di tipo paritario, soluzione quest'ultima che, sebbene caratterizzante l'esperienza statunitense, era avversata dalla comunità francofona, invece determinata a vedersi riconosciuto un peso maggiore in termini di seggi (in merito, si veda P. Passaglia, *Il Senato canadese: anomalia o originalità?*, in questa *Rivista*, 2003, 1915 ss.). Così, il Senato divenne la Camera chiamata a rappresentare non gli enti federati, ma le *Divisions*, ovvero le tre entità meramente geografiche (Basso Canada, Alto Canada e le due Province marittime) di cui il Paese era riconosciuto consistere, prive di una corrispondenza ad un'istituzione territoriale (e quindi destinate a coincidere in alcuni casi con le Province e in altri a presentarsi come una loro aggregazione), ma in grado di superare le sproporzioni presenti tanto tra le diverse aree territoriali (le Province dell'*Upper* e del *Lower Canada* in rapporto a quelle *Maritimes*), quanto tra la comunità anglofona e quella francofona.

¹⁰ Soltanto il Québec, il Manitoba, il Saskatchewan e la Columbia Britannica avevano nell'*House* un numero di rappresentanti effettivamente proporzionale alla loro popolazione. Sul punto, si veda Ward, *The Canadian House of Commons: Representation*, cit., p. 53.

Saskatchewan (province caratterizzate da un debole tasso di incremento demografico) e in ragione di ciò con il *British North America Act, 1952*¹¹ fu nuovamente modificata la formula di ripartizione, prevedendo l'introduzione della clausola «del 15 per cento» in base alla quale nessuna Provincia avrebbe perso più del 15 per cento del numero dei seggi a essa spettanti in virtù dell'ultima operazione di redistribuzione e l'attribuzione alle Province più popolate di un numero di deputati sempre superiore a quello riconosciuto alle Province con meno abitanti.

Nonostante ciò, a fronte della riduzione della rappresentanza parlamentare sofferta, a seguito del censimento del 1961, dalla Nuova Scozia, dal Manitoba, dallo Saskatchewan e dal Québec, nonché da Terranova dopo quello del 1971, il Parlamento di Ottawa adottò il *Representation Act, 1974* con cui fu introdotta una nuova formula, la terza nella storia elettorale canadese, detta dell'«amalgama», finalizzata ad assicurare – come richiamato dallo *Standing Committee on Privileges and Elections* della Camera dei Comuni – una «realistica ed adeguata» rappresentanza di tutti i cittadini della Federazione basata su un «compromesso»¹² in grado di impedire la perdita di seggi da una Provincia.

Sulla base dell'accordo, ai sensi della nuova sezione dell'art. 51 del *Constitutional Act, 1867*, il Québec si vide riconoscere un numero fisso di seggi (75 contro i 65 di cui già disponeva) e la popolazione media delle sue circoscrizioni fu utilizzata come standard per il calcolo dei seggi attribuiti alle altre Province¹³.

La base per calcolare l'assegnazione generale dei seggi si incentrava poi sull'automatico incremento di quattro seggi allo stesso Québec finalizzato a controbilanciare la crescita demografica e a diminuire la popolazione media delle sue circoscrizioni. Oltre a ciò, una volta suddivise le altre Province in tre distinte categorie (grandi se uguali o superiori a 2,5 milioni di abitanti, medie se comprese tra 2,5 milioni e 1,5 milioni di abitanti e piccole se inferiori a 1,5 milioni di abitanti), fu stabilito che l'attribuzione dei seggi in relazione al Québec operasse solo per la prima di esse, prevedendo per le altre due regole invece più complesse¹⁴. L'*amalgam formula* fu applicata nelle elezioni del 1976 per il rinnovo della Camera dei Comuni (composta da 282 seggi), ma dopo il censimento del 1981, in considerazione dell'aumento (da 279 a 310) del numero dei deputati che veniva automaticamente a determinare¹⁵, fu affidato allo *Standing Committee on Privileges and Elections* il

¹¹ Quello del 1952 fu il primo emendamento costituzionale adottato dal Parlamento canadese dopo la modifica alla procedura di revisione ad opera del *British North America Act, (N. 2), 1949* che attribuiva al Parlamento di Ottawa il potere di emendare «di volta in volta» la Costituzione canadese (con l'esclusione, tuttavia, delle materie più rilevanti riguardo i rapporti tra la Federazione e le Province). In merito, Groppi, *Canada*, cit., p. 35.

¹² Cfr., Elections Canada, *History of Representation in the House of Commons of Canada*, cit., 3 ss.; Bosc, Gagnon (Eds), *House of Commons Procedure and Practice*, cit., cap. IV (*Composition of the House*).

¹³ Come al riguardo sottolinea Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., p. 7, «la ratio di tale criterio stava nella protezione della minoranza franco-canadese».

¹⁴ Cfr., A. Sancton, *The Representation Act, 1974*, in *Can. J. of Pol. Sci.*, 8, 3, 1975, pp. 467 ss..

¹⁵ Sul punto, Id., *Eroding Representation-by-Population in the Canadian House of Commons: The Representation Act*, ivi, XXIII, 3, sept. 1990, pp. 442.

compito di elaborare un diverso meccanismo di determinazione del numero e della distribuzione territoriale dei seggi e tale ricerca, protrattasi nel corso della 32^a (1980-84) e in parte della 33^a legislatura (1984-88), sfociò nel 1986, su iniziativa del governo Mulroney, nell'adozione del *Representation Act, 1985* volto a revisionare ulteriormente l'art. 51 del *Constitutional Act, 1867*.

La riforma manteneva inalterato il numero dei seggi fissato nel 1976¹⁶, prevedendo per l'assegnazione di questi ultimi l'adozione di una formula basata sul calcolo del quoziente elettorale (“279 formula”¹⁷) e su un doppio aggiustamento connesso all'applicazione non soltanto della *senatorial clause*, ma anche della c.d. *grandfather clause* (indicata dalla dottrina anche quale «clausola dei diritti acquisiti o clausola di anteriorità») volta a garantire alle Province segnate da una popolazione in diminuzione un numero di deputati non inferiore a quello presente al momento dell'entrata in vigore del *Representation Act, 1985*¹⁸.

Tuttavia, l'applicazione della formula del 1985, segnata da un aumento del numero dei deputati (passati a 295 nelle elezioni del 1988, a 301 in quelle del 1997 e a 308 in quelle del 2004), non operò una redistribuzione dei seggi a favore di quelle province caratterizzate da un incremento demografico superiore alla media nazionale (Ontario, Alberta e Columbia Britannica) e quindi finì per creare le condizioni per una nuova riforma destinata a garantire il rispetto del principio della rappresentanza di ciascuna provincia in modo proporzionale alla propria popolazione¹⁹. Così, dal momento che il censimento decennale del 2011 avrebbe imposto, sulla base della dalla “279 formula” (e quindi delle *special clauses*) una redistribuzione dei seggi in cui all'aumento del numero dei deputati spettanti alle tre Province con una popolazione in crescita (Ontario, Alberta e Columbia

¹⁶ Cfr., Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., p. 7.

¹⁷ Il quoziente elettorale era calcolato dividendo la popolazione totale delle dieci Province per 279, posto che due seggi erano automaticamente attribuiti ai Territori di Nord-Ovest (di cui uno poi in seguito riconosciuto al Nunavut) e uno allo Yukon. Il numero dei seggi che spettavano a ciascuna provincia si otteneva dividendo la popolazione provinciale (così come risultante dall'ultimo censimento effettuato) per il quoziente elettorale. In merito, R. A. Williams, *Canada's System of Representation in Crisis: The 279 Formula" and Federal Electoral Redistributions*, in *American Review of Canadian Studies*, 35, 2005, pp. 99 ss..

¹⁸ Il minimo di seggi garantito dalla *Grandfather clause* era destinato a favorire *in primis* la rappresentanza dello Saskatchewan, del Manitoba e del Québec, mentre incrementava solo marginalmente quella della Nuova Scozia, di Terranova e del Labrador. Al riguardo, nel dicembre 1987 la *Supreme Court* della Columbia Britannica in *Campbell v. Canada (Attorney General)*, rigettando un ricorso del Sindaco di Vancouver Gordon Campbell volto a considerare come incostituzionali i cambiamenti introdotti dal *Representation Act, 1985* in quanto non adottati con il consenso delle Province e ritenuti lesivi del principio della rappresentanza proporzionale, ritenne che tale atto non prevedesse una «perfetta matematica rappresentanza», ma piuttosto «una rappresentanza basata primariamente, ma non interamente, sulla popolazione» (sul Campbell Case, *ibidem*, pp. 449 ss: Id., *The principle of representation by population in canadian federal politics*, cit. pp. 8 ss.; M. Pal, *Fair Representation in the House of Commons?*, in *Journal of Parliamentary and Political Law (Special Edition: The Informed Citizens' Guide to Elections 2015)*, 2016, pp. 45 ss..

¹⁹ Sui limiti della riforma del 1985, cfr., Sancton, *Eroding Representation-by-Population in the Canadian House of Commons*, cit., pp. 10 (che al riguardo richiama le risultanze della *Royal Commission On Electoral Reform and Party Financing* – la c.d. *Lortie Commission* – del 1991 e del *Milliken Committee* del 1994); D. Gussow, *La Representation in House of Commons: A Long Term Proposal*, in *Canadian Parliamentary Review*, 1, 2012, pp. 37 ss.; Pal, *Fair Representation in the House of Commons?*, cit., pp. 37 ss..

Britannica) sarebbe corrisposta la riduzione del numero dei seggi assegnati al Québec, il governo conservatore (tornato al potere nel 2006) adottò il *Fair Representation Act 2011* che introduceva una nuova formula (la quinta nella storia istituzionale canadese) destinata a essere applicata per la prima volta nella 42^a elezione generale svoltasi nel 2015.

Il sistema previsto dalla riforma (e ancora vigente), in parte simile a precedenti proposte di revisione costituzionale²⁰, individua il numero dei seggi spettanti a ogni Provincia attraverso una serie di passaggi: la divisione della popolazione provinciale per un quoziente fissato a 111.166 (cifra corrispondente alla popolazione media dei collegi uninominali alla data del 1° luglio 2011 e destinata a essere ricalcolata, dopo il censimento del 2021, sulla base della crescita media della popolazione di ciascuna Provincia rispetto alla precedente distribuzione); la correzione, attraverso l'applicazione delle clausole speciali, del numero iniziale dei seggi assegnato a ogni Provincia; il riconoscimento di un numero aggiuntivo di deputati a una Provincia che risulti essere sottorappresentata nell'*House* rispetto alla propria popolazione e quindi necessità di ulteriori seggi (c.d. «regola di rappresentazione»); l'attribuzione di un seggio a ciascuno dei tre Territori (come previsto dall'art. 51.2 della *Constitutional Act, 1867*)²¹.

4. La modifica delle circoscrizioni elettorali

Nel quadro normativo segnato dal citato *Fair Representation Act, 2011* e dal *Canada Elections Act, 2000* (e successive modifiche), chiamato a disciplinare l'elezione della Camera dei Comuni, l'*Electoral Boundaries Readjustment Act, 1985* fissa la procedura

²⁰ Il riferimento è alle previsioni contenute negli Accordi di Charlottetown siglati il 28 agosto 1992 tra il Primo Ministro Mulroney e il Primi Ministri delle Province nel tentativo di emendare la Costituzione e ottenere il consenso del Québec all'adozione del *Constitution Act, 1982* dopo il fallimento della revisione avviata nel 1987 con gli Accordi di Meech Lake. Alcuni degli emendamenti costituzionali proposti, pur mantenendo le garanzie minime di rappresentanza per le Province meno popolate, prevedevano un aumento dei seggi della Camera dei Comuni nell'ipotesi di un incremento demografico delle Province più popolate e soprattutto assicuravano in modo permanente al Québec il 25 per cento dei seggi. Tuttavia, gli accordi di Charlottetown furono respinti nel referendum indetto nell'ottobre 1992 dal Premier federale con il voto contrario della maggioranza della popolazione nella maggioranza delle Province. Sulla controversa *25 percent guarantee* riconosciuta al Québec, si veda M.B. Stein, *Improving the Process of Constitutional Reform in Canada: Lessons from the Meech Lake and Charlottetown Constitutional Rounds*, in *Can. J. of Pol. Sci.*, 1997, 2, p. 325. Sul fallimento degli accordi di Meech Lake e di Charlottetown, si vedano anche A. Scerbo, *La Costituzione canadese tra principio federale, potere di revisione e spinte alla disgregazione*, in S. Gambino e G. D'Ignazio, *La revisione costituzionale e i suoi limiti tra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 2007, 865 ss.; J. Frémont, A. Lajoie, G. Otis, R. J. Sharpe, R. Simeon, K. Swinton, S. Volterra, *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 80 ss..

²¹ Cfr., Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., p. 7; Bosc, Gagnon (Eds), *House of Commons Procedure and Practice*, cit., cap. IV (*Composition of the House*); Gussow, *La Representation in House of Commons: A Long Term Proposal*, cit., p. 37. Dal 2015, il numero dei componenti della Camera dei Comuni è salito da 308 a 338 in ragione del riconoscimento, operato sulla base del *Fair Representation Act, 2011*, di seggi supplementari all'Ontario, alla Columbia Britannica, all'Alberta e al Québec.

per definire i confini delle circoscrizioni elettorali all'interno di ogni Provincia²².

Nei primi anni della Confederazione, dopo ogni censimento decennale, il Governo federale sottoponeva al Parlamento un disegno di legge con cui venivano definiti i confini di ciascuna circoscrizione elettorale, ma le accuse di *gerrymandering* a danno dell'opposizione (sollevate soprattutto in occasione delle modifiche operate nel 1872, 1882 e 1892²³), spinsero nel 1903 il Primo Ministro Wilfrid Laurier a modificare la procedura fino ad allora adottata, affidando il compito di delimitare le circoscrizioni a un comitato speciale della Camera dei Comuni composto dai rappresentanti di tutti i partiti²⁴. Quest'ultimo, dopo ogni nuova ripartizione dei seggi operata, ai sensi del *Constitution Act, 1867*, sulla base dei risultati del censimento decennale, riceveva dal Governo un progetto di legge privo di ogni dettaglio relativo ai confini delle circoscrizioni che era chiamato a integrare con le relative ripartizioni elettorali²⁵.

Tale sistema, a lungo segnato dal ricorso a pratiche di *redistricting*, fu definitivamente superato nel 1964 con l'istituzione, ad opera dell'*Electoral Boundaries Readjustment Act*, di commissioni *non partisan* con il compito di ridisegnare i confini dei collegi elettorali senza l'intervento del Parlamento²⁶. Una volta calcolato, a partire dai dati del censimento decennale, il numero totale dei seggi dell'*House* e quello relativo a ciascuna Provincia, il *Governor General in Council* nomina le dieci commissioni provinciali presiedute da un giudice di una giurisdizione superiore della Provincia e composte da personalità che soddisfino requisiti di competenza e di imparzialità²⁷.

Ciascuna commissione, tenuta a presentare il proprio rapporto entro dieci mesi, provvede a dividere la sua Provincia in un certo numero di circoscrizioni, cercando di assicurare, nel limite del possibile, che la loro ripartizione non si distacchi, se non per circostanze eccezionali, da un valore medio della popolazione appositamente calcolato. Le proposte delle commissioni sono poi pubblicate sulla *Gazette du Canada* contestualmente alla convocazione di udienze pubbliche destinate a consentire agli elettori e ai deputati di esprimere osservazioni e presentare proposte di modifica.

²² Cfr., Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., pp. 8 ss..

²³ Cfr., Ward, *The Canadian House of Commons: Representation*, cit., pp. 26 ss..

²⁴ Bosc, Gagnon (Eds), *House of Commons Procedure and Practice*, cit., cap. IV (*Electoral Boundaries*).

²⁵ In merito, N. Ward, *A Century of Constituencies*, in P. Johnston, H. E. Pasis (Eds), *Representation and Electoral Systems: Canadian Perspectives*, Scarborough, Prentice-Hall Canada, 1990), pp. 207 ss.. Sull'evoluzione del procedimento di revisione delle circoscrizioni nel contesto più generale della storia elettorale del Canada, si veda Elections Canada, *A History of the Vote in Canada*, II ed., 2007, pp. 111 ss..

²⁶ Sulla c.d. «*electoral boundary revolution*», si veda R. K. Carty, *The Electoral Boundary Revolution in Canada*, in *American Review of Canadian Studies*, 1985, 15, pp. 273 ss..

²⁷ WARD, *A Century of Constituencies*, cit., p. 216. Sul processo, si veda J. C. Courtney, *Commissioned Ridings: Designing Canada's Electoral Districts*, McGill-Queen's University Press, Montreal&Kingston, 2001, 35 ss.; Id., *From Gerrymandering to Independence: District Boundary Readjustment in Canada*, in B. Grofman, L. Handley (Eds), *Redistricting in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 11 ss..

Sulla base di ciò, ciascuna commissione presenta il proprio rapporto finale al direttore generale delle elezioni che lo trasmette al Presidente della Camera dei Comuni per l'esame da parte dell'Assemblea e l'eventuale presentazione di specifiche obiezioni (denominate «opposizioni») da parte dei deputati. Le commissioni sono tenute a esaminare questi ultimi rilievi entro un termine prefissato dalla legge, ma non sono obbligate ad accoglierli e il loro rapporto finale, una volta depositato alla Camera dei Comuni, è definitivo e non può più essere impugnato. Il documento diviene così la base su cui predisporre un *draft representation order* destinato ad acquisire, tramite la *Royal Proclamation* del Governatore Generale e la successiva pubblicazione sulla *Canada Gazette*, forza di legge²⁸. I nuovi confini delle circoscrizioni elettorali entrano in vigore in occasione della prima elezione generale tenuta almeno un anno dopo la *Proclamation* e l'attuale composizione della Camera dei Comuni, eletta nel 2015, deriva dalla redistribuzione dei seggi operata dal *Representation Order, 2013*.

5. Il sistema elettorale della Camera dei Comuni: l'adozione del *first-past-the post*

La Camera dei Comuni canadese (al pari dei Parlamenti provinciali) è eletta con un sistema *single-member plurality*, ovvero con un maggioritario uninominale a un turno (c.d. FPTP, "*first -past-the post*") in base al quale, tra i diversi candidati presenti in ogni circoscrizione (quasi sempre, ma non obbligatoriamente, iscritti a uno dei partiti politici), è proclamato eletto colui che abbia ottenuto «il maggior numero di voti» (art. 313 (1) del *Canada Election Act*)²⁹. Com'è noto, a partire dalla fine del XIX secolo, il *plurality system* ha trovato in Gran Bretagna, la sua applicazione classica in collegi uninominali³⁰, diffondendosi in seguito, oltre che in

²⁸ Il processo ha subito nel corso dell'evoluzione politico-istituzionale canadese diverse sospensioni dovute alla necessità di apportare delle modifiche all'art. 51 del *Constitution Law, 1867* dirette a consentire, dopo i censimenti del 1971 e del 1981, l'introduzione di una nuova formula per la redistribuzione dei seggi. Nel 1992 e nel 1994 furono decise due nuove sospensioni, rispettivamente dopo la presentazione delle proposte di modifica dell'intero processo avanzate dalla citata *Lortie Commission* e l'avvio della discussione parlamentare di una legge di riforma, ma il fallimento delle iniziative determinò lo svolgimento delle elezioni generali del 1997 sulla base delle nuove circoscrizioni proposte dalle commissioni a partire dai dati del censimento del 1991. In merito, Bosc, Gagnon (Eds), *House of Commons Procedure and Practice*, cit., cap. IV (*Electoral Boundaries*).

²⁹ Cfr, A. Barnes, D. Lithwick, E. Virgint, *Electoral Systems and Electoral Reform in Canada and Elsewhere. An Overview*, 2016-06-E, Parliament Information and Research Service, Ottawa, Library of Parliament, 2016, pp. 1-2; per un puntuale esame della disciplina elettorale, D. J. Bourgeois, S. B. Campbell, *Election Law in Canada*, Toronto-Montréal, LexisNexis Canada, 2015.

³⁰ Nell'esperienza britannica, il *first-past-the post* è derivato da un sistema originariamente incentrato sulla rappresentanza (di tipo binominale) delle comunità territoriali (*counties* e *boroughs*). La formula *plurality*, infatti, introdotta in Inghilterra da uno *statute* del 1430 e poi innestata in collegi plurinominali con voto limitato, ha trovato la sua applicazione nel collegio uninominale solo dopo il *Redistribution of Seats Act* del 1885 che lo ha esteso a tutto il territorio britannico (cfr, O. Massari, *Gran Bretagna: un sistema funzionale al governo di partito responsabile*, in O. Massari, G. Pasquino (cur.), *Rappresentare e governare*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 25 ss.; L. Trucco, *Contributo allo studio del diritto elettorale, I-Fondamenti teorici e profili normativi*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 51).

Canada, in India, Australia (dal 1901 al 1917) e Nuova Zelanda (fino al 1993), nonché in altri Paesi del *Commonwealth*.

Tuttavia, dal momento che il *single-member constituency* era nato sul suolo americano già nel XVIII secolo, l'esperienza canadese del *plurality system*, peculiarmente segnata da un'evoluzione graduale, per «eredità storica», può essere significativamente considerata come «più antica di quella britannica»³¹.

Infatti, sebbene la costituzione delle legislature coloniali, a partire da quella della Nuova Scozia nel 1758, e la modifica del loro sistema elettorale fossero una prerogativa reale, già con il *Constitutional Act, 1791* (con cui furono creati l'Alto e il Basso Canada), vennero affrontate dalle legislature locali la grande maggioranza delle questioni riguardanti sia le circoscrizioni elettorali che lo svolgimento del processo elettorale³².

Questa autonomia in materia elettorale fu mantenuta dall'*Act of Union, 1840* che riunì in una sola Provincia l'Alto e il Basso Canada e, al fine di favorire gli anglofoni rispetto ai francofoni, individuò e rese uninominali le circoscrizioni elettorali³³ che fino ad allora erano state binominali nel *Lower Canada*, caratterizzate da un numero variabili di deputati (da uno a quattro) nell'*Upper Canada* e plurinominali in Nuova Scozia e nell'Isola del Principe Edoardo.

In tale fase, del resto, il problema della tipologia delle circoscrizioni da adottare appariva secondario rispetto alle altre questioni riguardanti la modifica del censo elettorale, l'allargamento del diritto di voto, l'individuazione delle categorie che ne erano escluse (come gli autoctoni), il numero delle postazioni di voto e l'adozione della «*representation by population*» nella ripartizione dei seggi³⁴.

Così, nel *Constitution Act 1867* tutte le circoscrizioni erano uninominali, fatta eccezione per alcune a carattere binominale (in parte aggiuntesi con l'adesione alla Federazione, tra il 1871 e il 1873, della Columbia Britannica e dell'Isola del Principe Edoardo³⁵), mentre il *first-past-the post*, non presente nella Costituzione³⁶, divenne il sistema elettorale dominante, fatte salve alcune limitate esperienze di voto singolo trasferibile e di voto alternativo sperimentate, rispettivamente nelle

³¹ Così Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., 10 che al riguardo richiama l'opinione di V. Bogdanor, *Introduction*, in V. Bogdanor, D. Butler (Eds), *Democracy and Elections. Electoral Systems and their Political Consequences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, 3. Per una ricostruzione storica del sistema elettorale canadese, L. Massicotte, *Electoral Systems in Context: Canada*, in E.S. Herron, R.J. Pekkanen, M. S. Shugart, *The Oxford Handbook of Electoral Systems*, New York, 2017, pp 741 ss..

³² Alle legislature, tra l'altro, era così concesso di revocare il diritto di voto a talune categorie di persone, ma non di modificare il censo elettorale o il testo del giuramento pronunciato dagli eletti.

³³ Le uniche eccezioni furono le città di Toronto, Québec e Montréal. Sul tema, soprattutto M. Morin, *L'évolution du mode de scrutin dans les colonies et les provinces de l'Amerique du Nord britannique de 1758 à nos jours*, in *Revue de droit. Université de Sherbrook*, 2008, 39, pp. 172 ss..

³⁴ Sul punto, Elections Canada, *A History of the Vote in Canada*, cit., pp. 40 ss..

³⁵ Le ultime due circoscrizioni binominali (nella Nuova Scozia e sull'Isola del Principe Edoardo) furono riformate solo nel 1965-66 (cfr., N. Ward, *Voting in Canadian Two-Member Constituencies*, in J.C. Courtney, *Voting in Canada*, Toronto, Prentice Hall, 1965, 125 ss. e M. Davis, *Ballot Behaviour in Halifax Revisited*, ivi, pp. 130 ss.).

³⁶ Cfr., J. Hunter, *Renovating Canada's Constitutional Architecture: An Examination of the Government's Democratic Reform Initiatives*, in *Constitutional Forum*, Special issue - *The State of Canada's Constitutional Democracy*, 25, 3, 2016, p. 23.

aree urbane e rurali, in Manitoba e nell'Alberta tra gli anni Venti e Cinquanta, nonché dalla Columbia Britannica, riguardo sempre l'*alternative vote*, in una singola elezione del 1952³⁷.

6. Le critiche al *first-past-the post system*

Le critiche di cui da tempo il sistema del *first-past-the post* è oggetto in rapporto all'esperienza elettorale canadese sono principalmente di due tipi: gli effetti distorsivi (e talvolta anche marcatamente anomali) prodotti nella rappresentanza dei partiti in Parlamento e l'accentuazione delle differenze territoriali³⁸.

In effetti, tra i Paesi che applicano il *plurality*, il Canada si discosta dalla c.d. legge di Duverger³⁹ in quanto, a causa di *cleavages* etnici, culturali e socioeconomici⁴⁰, non ha prodotto un assetto di tipo bipartitico, ma al contrario un *multy-party system*⁴¹.

La coesistenza di quest'ultimo con il maggioritario uninominale ha determinato, come evidenziano i dati elettorali, una distribuzione dei seggi nel Parlamento di Ottawa e nelle Assemblee legislative provinciali caratterizzata da un significativo grado di disproporzionalità. Così, nelle [elezioni generali del 2015](#),

³⁷ La combinazione dei due modelli rispondeva all'esigenza politica di contenere l'avanzata elettorale del *Progressive Party*, al pari della riforma adottata nella Columbia Britannica rivolta invece contro la *Cooperative Commonwealth Federation*, partito di ispirazione socialista. Da sottolineare, tra il 1924 e il 1925, la presentazione e la successiva discussione in prima lettura di un progetto di legge finalizzato all'introduzione, a livello federale, del voto singolo trasferibile. (Cfr., D. Pilon, *The History of Voting System in Canada*, in H. Milner (Ed), *Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System*, Peterborough, Broadview, 1999, p. 111 ss.).

³⁸ Cfr., P. Malcolmson, R. Myers, G. Baier, T.M.J. Bateman, *The Canadian Regime. An Introduction to Parliamentary Government in Canada*, Toronto, Toronto University Press, 6° ed., 2016, 183 ss.; Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., p. 10

³⁹ Cfr. M. Duverger, *Les partis politiques*, Paris, Colin, 1961 (trad. it. *I partiti politici*, Milano, Comunità, 1970). Sul Canada inteso come esempio di «non-Duvergian equilibrium», si veda J. Mécs, *Reform of the Electoral System in Canada and in Hungary: Towards a More Proportional System?*, in *Eltelawjournal*, 1, 2017, p. 3.

⁴⁰ Cfr., A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 168 ss.

⁴¹ Nelle elezioni del 2015 i partiti rappresentati nella Camera dei Comuni sono stati cinque (e solo tre di questi, disponendo di almeno dodici seggi, sono stati riconosciuti come *major parties*). Al riguardo, se dal 1867 al 1921 solo i liberali e i conservatori si sono contesi i seggi dell'*House*, dal 1935 il numero dei partiti è sempre oscillato tra quattro e cinque e solo in tre legislature (1921-1935, 1958-62 e 1980-1993) è stato pari a tre (cfr. Simon Fraser University (SFU), *Elections, Canadian Election Results, 1867-2015*). La storia del sistema partitico canadese, del resto, può essere divisa in tre fasi: la prima (1921-1993) segnata da un assetto perfettamente bipartitico in cui liberali e conservatori si contendono la maggioranza; una seconda (1921-1993) caratterizzata dal passaggio a un sistema «a due partiti e mezzo» (*"two and a half party system"*) in cui ai due principali partiti si affiancano in modo stabile altre formazioni (sia regionali che a vocazione nazionale); la terza, apertasi con la profonda crisi del Partito conservatore (ridotto dopo le elezioni del 1993 a soli due deputati) e poi segnata dal ritorno al regime dell'alternanza tra i liberali e i conservatori nel quadro di un «multipartismo moderato» (cfr. Groppi, *Canada*, cit., 71) destinato a riproporre, con il *New Democratic Party* nel ruolo di *smaller player*, il tradizionale assetto «a due partiti e mezzo» (cfr., Malcolmson, Myers, Baier e Bateman, *The Canadian Regime*, cit., 207). Sulla complessa evoluzione del sistema partitico canadese alla luce della peculiare mutevolezza, R. Johnson, *The Canadian Party System. An Alalytic History*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2017.

il Partito liberale, con il 39,47% dei voti ha conquistato il 54,4 dei seggi (184 su un totale di 388), mentre il Partito conservatore e il *New Democratic Party* hanno rispettivamente ottenuto il 31,9% e il 13% dei seggi a fronte del 31,89% e del 19,71% delle preferenze. Un analogo effetto di sovra-rappresentazione aveva contraddistinto anche la precedente consultazione del 2011 in cui il *Premier* conservatore Stephen Harper con il 39,62% dei voti aveva vinto ben 143 seggi su 308 (corrispondente al 54% del totale), a danno, in termini di rappresentanza, dei liberali che giunti terzi nella consultazione con il 18,91 % dei voti avevano ottenuto solo l'11% dei seggi⁴².

Al riguardo, se da un lato tale dinamica del sistema elettorale ha consentito, in un quadro istituzionale di tipo Westminster, la formazione di Governi di maggioranza (come accaduto in ventinove elezioni su quarantadue)⁴³, dall'altro, il gioco combinato del collegio uninominale e della regola del *winner-takes-all* ha impedito alle forze politiche minori o addirittura di media entità (fatte salve, come sarà sottolineato in seguito, quelle a carattere regionale o comunque con un forte radicamento territoriale) di avere un'adeguata rappresentanza o di poter semplicemente accedere al Parlamento (come accadde al *Green Party* nelle elezioni del 2008, quando ottenne il 7% dei voti, ma nessun seggio nell'*House*). L'impossibilità di recuperare i voti assegnati ai candidati non eletti (definti *wasted votes* in quanto non utilizzati per eleggere un deputato⁴⁴) provoca una forte sperequazione nella rappresentanza parlamentare e una ben evidente distorsione della proporzione tra voti e seggi⁴⁵.

Proprio quest'ultimo effetto è all'origine di alcuni paradossali risultati elettorali quali la conquista della maggioranza dei seggi da parte di un partito diverso da quello che ottiene il maggior numero di voti (*wrong winner* o *plurality reversal*) verificatasi sia livello federale (nel 1896, 1926, 1962, 1957 e 1979) che

⁴² Nelle elezioni del 1958 e del 1984 il Partito conservatore, che aveva superato il 50% dei voti, fu sovra-rappresentato di circa il 25%. In merito, per una lettura in chiave comparata del sistema canadese (a partire dalla sua disproporzionalità, calcolata secondo l'indice di Gallagher) e del numero effettivo dei partiti (sulla base del classico indice di frammentazione di Laakso e Taagepera), si vedano i dati relativi alle elezioni tra il 1945 e il 2015 pubblicati sul sito *Internet* del Dipartimento di Scienze Politiche del Trinity College di Dublino Michael Gallagher. In merito anche L. Massicotte, *Canada: Sticking to First-past-the-Post, for the Time Being*, in M. Gallagher, P. Mitchell (Eds), *The Politics of Electoral Systems*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2008, 99 ss.; veda Mécs, *Reform of the Electoral System in Canada and in Hungary*, cit., 4.

⁴³ Solo in tre elezioni (1940, 1958 e 1984) un singolo partito ha ottenuto più del 50% dei voti, mentre i *minority governments* sono stati dodici (cfr. Malcolmson, Myers, Baier e Bateman, *The Canadian Regime*, cit., 47 ss.; Groppi, *Canada*, cit., p. 679).

⁴⁴ Così, nelle elezioni del 2015 ben 31 candidati sono giunti secondi nel proprio collegio ottenendo più del 40% dei voti, mentre 72 deputati sono stati eletti con meno del 40% dei voti e 23 di essi con meno di un terzo delle preferenze.

⁴⁵ Sull'«ingiustizia» del sistema uninominale proprio in ragione di tale suo risultato, J.M. Cotteret, C. Emeri, *Les systèmes électoraux*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 51-52. Per una verifica della «legge del cubo», teoria secondo cui in un sistema politico bipartitico e a collegio uninominale il rapporto della percentuale dei seggi assegnati ai due partiti corrisponde al rapporto tra i suffragi elevati al cubo, rispetto al caso canadese (1946-1974) si veda F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, Il Mulino, 1981, 134 ss. per il quale le «oscillazioni» riscontrabili nel risultato sono da imputare al «più complesso panorama partitico» del Paese rispetto a Nuova Zelanda e Gran Bretagna.

locale (i casi del Nuovo Brunswick nel 2006, del Québec nel 1998, della Columbia Britannica nel 1998 e del Saskatchewan nel 1986) e la scomparsa delle opposizioni in alcune Assemblee legislative provinciali, come verificatosi nelle elezioni del Nuovo Brunswick nel 1987 (in cui i liberali con il 60% dei voti vinsero tutti i seggi in palio e in quelle della Columbia Britannica del 2001, segnate da un analogo risultato (entrambi i seggi furono assegnati al *Liberal Party* con il 58% dei suffragi).

Oltre a ciò, il *first-past-the-post* ha accentuato a livello politico le divisioni regionali esistenti nel Paese, non solo rafforzando quelle formazioni politiche caratterizzate da una base elettorale di dimensione regionale, ovvero dotate di un sostegno territorialmente ben circoscritto, ma anche a "regionalizzare" il voto dei partiti nazionali.

Il meccanismo del *winner-take-all*, infatti, oltre ad assicurare una rappresentanza parlamentare ai partiti con un consenso fortemente concentrato sul territorio (il *Bloc Québécois* in Québec e, in passato, il *Reform Party* nella Columbia Britannica e nell'Alberta), finisce per sovra-rappresentare sistematicamente tra i gli eletti di un partito solo alcune regioni e penalizzare le altre, impedendo così ai principali partiti di rappresentare tutte le regioni del Paese. Questo scenario si è riproposto anche nelle elezioni del 2015, visto che il Partito liberale si è assicurato tutti i 32 seggi delle Province atlantiche e ben 80 dei 121 seggi dell'Ontario sulla base rispettivamente del 59% e del 44,8% del voto popolare, ma nella Provincia del Saskatchewan ha conquistato, nonostante il 24% delle preferenze, solo 1 dei 14 seggi in palio⁴⁶.

7. Il dibattito sulla riforma del sistema elettorale

La questione della *electoral reform* si è costantemente riproposta nella storia politico-istituzionale canadese, segnando ogni volta l'avvio di un dibattito caratterizzato da una propria specificità⁴⁷.

Dopo la già richiamata esperienza, sperimentata da alcune Province tra gli anni Venti e Cinquanta dello scorso secolo, del passaggio a modelli diversi dal *first-past-the-post*, la riforma elettorale è stata al centro di nuovi studi e progetti elaborati a partire dagli anni Settanta da singoli studiosi o da commissioni governative di esperti. Negli ultimi quindici anni il tema è diventato oggetto di molteplici iniziative che, sebbene non coronate da successo, hanno comunque significativamente ampliato rispetto al passato i soggetti coinvolti sia a livello federale che provinciale, come dimostrano il tentativo di modifica della disciplina elettorale avviato, da ultimo, dal governo Trudeau nel 2015 e le proposte di nuovi

⁴⁶ Malcolmson, Myers, Baier e Bateman, *The Canadian Regime*, cit., pp. 185 ss..

⁴⁷ Il riferimento obbligato è alla classificazione dei vari tentativi di riforma attraverso l'individuazione di tre diverse «ondate» di dibattiti proposta da L. Massicotte, *Electoral Reform in Canada*, in A. Blais (Ed), *To keep or to Change First Past the Post? The Politics of Electoral Reform*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 112 ss. In merito, sempre per una ricostruzione del processo, si vedano H. Jansen, D. Pilon, L. Stephenson, *Roundtable- Electoral Systems and Reform: The Canadian Experience*, in *Canadian Parliamentary Review*, Focus on Electoral Reform, Winter 2016, pp. 11 ss..

sistemi elettorali elaborate in diverse Province tramite apposite assemblee di cittadini e poi sottoposte a referendum popolari.

7.1. *Le proposte elaborate a livello federale*

Il sistema del *first-past-the-post*, dopo essere stato valutato criticamente alla fine degli anni Sessanta per la sua capacità di enfatizzare le differenze regionali nella rappresentanza parlamentare⁴⁸, è stato oggetto, nei due decenni successivi, di diverse proposte di riforma elaborate da membri del mondo accademico e da commissioni di studio costituite su iniziativa del Governo federale che si proponevano di temperare i suoi effetti maggioritari al fine di rendere proporzionale, in misura diversa, la composizione dell'*House of Commons*.

Tali progetti, infatti, prevedevano l'elezione dei deputati in parte tramite collegi uninominali e in parte con scrutinio di lista, l'aumento del numero di seggi spettante a ogni Provincia quale correttivo al *plurality* e l'introduzione di un recupero proporzionale dei seggi perdenti⁴⁹. La Commissione Pepin-Robart (*Task Force On Canadian Unity*), istituita nel 1977 dal governo di Pierre Trudeau con il compito di elaborare delle soluzioni al problema dell'unità nazionale dopo l'elezione di un governo indipendentista nel Québec, suggerì nelle sue raccomandazioni (pubblicate due anni più tardi) l'incremento del numero dei deputati di una quota di sessanta membri, distribuita fra tutti i partiti in base ai voti ottenuti, al fine di introdurre «un elemento di proporzionalità» nel sistema⁵⁰.

La riforma adottata in Nuova Zelanda nel 1993, segnata dal passaggio dal *first-past-the-post* a un *Mixed-Member-proportional system* (MMP)⁵¹, stimolò la

⁴⁸ Così A. Cairns, *The Electoral System and Party System in Canada*, in *Can. J. of Pol. Sci.*, 1968, I, pp. 55 ss..

⁴⁹ Per un puntuale richiamo di tali progetti, Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., 19 ss. e F.L. Seidle, *The Canadian Electoral System and Proposals for Reform*, in A.B. Tanguay, A. G Gagnon (Eds), *Canadian Parties in Transition*, 2nd. ed. Scarborough, Nelson, 1994, pp. 290 ss..

⁵⁰ Cfr., Government of Canada, Task Force on Canadian Unit, *A Future Together. Observations and Recommendations*, Ottawa, 1979, pp. 130 ss..

⁵¹ Il sistema neozelandese aveva avuto una lunga storia di bipartitismo derivata dal sistema elettorale *plurality* e dalla presenza di due partiti maggiori, il *National Party* e il *Labour Party*. Il crescente favore che l'opinione pubblica neozelandese esprimeva verso il cambiamento della legge elettorale, posti gli effetti distorsivi riproposti dalle consecutive vittorie ottenute dal *National Party* in termini di seggi, ma non di voti popolari (con due di esse, nel 1978 e nel 1981, segnate dal *plurality reversal* a danno dei laburisti) spinse il Governo nel 1985 ad affidare a una *Royal Commission on the Electoral System*, costituita *ad hoc*, il compito di valutare la possibilità l'adozione di un nuovo sistema elettorale per il Paese. Tale commissione, a partire da alcuni parametri prefissati, adottò il sistema misto utilizzato in Germania, ma solo nel 1993, una volta superate le resistenze espresse dai due principali partiti, contrari a ogni innovazione, i cittadini neozelandesi si espressero in un referendum popolare a favore del superamento del sistema *plurality* e del passaggio al modello *Mixed-Member-proportional* di tipo tedesco. Sull'argomento, fra tutti, D. Denemark, *Choosing Mmp in New Zealand: Explaining the 1993 Electoral Reform*, in M. S. Shugart, M. P. Wattenberg (Eds), *Mixed-Member Electoral Systems. The Best of Both Worlds*, Oxford University Press, New York, 2001, pp. 70 ss.. Sull'esperienza elettorale neozelandese, J. Vowles, *New Zealand: The Consolidation of Reform?*, in Gallagher, Mitchell (Eds), *The Politics of Electoral Systems*, cit., 295 ss; Id., *Electoral Systems in Context: New Zealand*, in Herron, Pekkanen, Shugart, *The Oxford Handbook of Electoral Systems*, cit., pp. 295.

presentazione alla fine degli anni Novanta di nuovi progetti che proponevano l'adozione di una riforma simile anche in Canada⁵², anche se nello stesso periodo, nonostante la scelta nel 1999 di un modello misto anche per l'elezione del primo Parlamento devoluto in Scozia⁵³, non vennero a mancare proposte più radicali rivolte invece a eliminare i collegi uninominali a favore di un meccanismo di tipo proporzionale basato su liste concorrenti elette su scala provinciale⁵⁴.

A livello federale, nel 1985 la *McDonald Royal Commission on the Economic Union* si limitò, in un ben più ampio quadro di analisi, a richiamare il legame tra sistema elettorale e differenze regionali⁵⁵, mentre nel 1992 la già citata *Lortie Commission*, istituita nel 1989 dal governo Mulroney per svolgere un'ampia inchiesta sulla legislazione elettorale, pur giungendo tre anni più tardi a formulare più di 500 raccomandazioni dirette a rafforzare la regolarità del processo di voto, non si espresse riguardo l'eventuale superamento del *first-past-the-post*⁵⁶.

Solo nel 2004 la *Law Commission of Canada*, a conclusione di uno studio durato tre anni, presentò nel suo rapporto finale la seconda proposta di riforma elettorale formulata in ambito federale⁵⁷. Il rapporto esaminava le possibili diverse alternative al *plurality system*, scegliendo, tra i *Mixed-Member-proportional systems*, come il più adatto al contesto politico e istituzionale canadese (segnato dall'esigenza di garantire la rappresentanza delle donne, delle minoranze e del popolo aborigeno), quello impiegato in Scozia, posti gli ostacoli di natura costituzionale all'introduzione del meccanismo dei *Überhangmandate* e gli effetti politici prodotto da una rigida soglia di sbarramento del 5%⁵⁸.

Sempre nel 2004, il governo minoritario del *Premier* liberale Paul Martin inserì la riforma elettorale – già oggetto della campagna elettorale del *New Democratic Party* nelle elezioni federali appena svolte – tra gli argomenti a cui faceva riferimento lo *Speech for the Throne* e l'anno seguente lo *Standing Committee on Procedure and House Affairs* della Camera dei Comuni, chiamato ad affrontare la questione, propose al Governo l'istituzione di un apposito comitato parlamentare

Sul sistema elettorale misto neozelandese, A. Chiamonte, *Tra proporzionale e maggioritario. L'universo dei sistemi elettorali misti*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 134 ss..

⁵² Cfr., H. Milner, *The Case for Proportional Representation in Canada*, in Id., (Ed), *Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System*, cit., pp. 51 ss.; sul punto anche T. Arseneau, *Electing Representative Legislatures: Lessons from New Zealand*, ivi, pp. 133 ss..

⁵³ P. Lynch, *Making Every Vote Count in Scotland: Devolution and Electoral Reform*, in H. Milner (Ed), *Steps Toward Making Every Vote Count*, Peterborough, Broadview Press, 2004, 145 ss.; si vedano anche I. Gray e J. Gray, *Proportional Representation -- the Scottish Model Applied to the 2004 Canadian Election*, in [Canadian Parliamentary Review](#), 3, 2004.

⁵⁴ Si veda infatti quella avanzata da Tom Kent, *ex* consigliere del Primo ministro Lester Pearson, cfr., T. Kent, *How to Renew Canadian Democracy: PR for Commons, FTTP elections for the Senate, and political financing by individuals only*, in Milner, *The Case for Proportional Representation in Canada*, pp. 51 ss..

⁵⁵ Cfr. Royal Commission on The Economic Union and Development For Canada Future, *Report*, Ottawa – Ontario, Privy Council Office, 1985, pp. 41 ss..

⁵⁶ Cfr., Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, *Final Report*, Ottawa, 1991. In merito, si veda P. Aucoin, *The Politics of Electoral Reform*, in [Canadian Parliamentary Review](#), 16, 1, 1993.

⁵⁷ Cfr., Law Commission of Canada, *Voting Counts: Electoral Reform for Canada*, Ottawa, 2004.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 93 e pp. 124.

e di gruppi di consultazione dei cittadini, ma lo scioglimento anticipato della Camera impedì al progetto di essere attuato nei tempi previsti⁵⁹. Il nuovo *cabinet* conservatore guidato da Stephen Harper ricomprese il tema nello *Speech* dell'aprile 2006, ma il Governo, preferendo impegnarsi nell'introduzione nel sistema istituzionale canadese di un meccanismo di elezioni a data fissa (*fixed election*)⁶⁰, rinunciò alla modifica della disciplina elettorale soprattutto per l'esigenza politica di riconquistare più agevolmente, grazie agli effetti del *first-past-the post*, la maggioranza alla Camera dei Comuni (come poi accadde, con il ricorso allo scioglimento anticipato, nelle elezioni del 2011 dopo un tentativo fallito in quelle del 2008).

Nel marzo 2007, comunque, il Governo organizzò in tutte le Province e i Territori dei *forum* con i cittadini sulla riforma democratica (nonché uno a carattere nazionale rivolto ai giovani) al termine dei quali presentò un rapporto intitolato *Public Consultations On Canada's Democratic Institutions and Practices*⁶¹ da cui risultava che i canadesi, pur preferendo il *first-past-the post* al proporzionale, si dichiaravano comunque «aperti» alla possibilità di un cambiamento nei confronti di un sistema elettorale capace di valorizzare ogni voto espresso per un partito⁶².

Il 16 giugno 2015, il *leader* liberale Trudeau annunciò pubblicamente che la riforma elettorale costituiva uno dei punti del *manifesto* del suo partito (*Real Change. A Fair and Open Government*)⁶³ per le successive elezioni generali di ottobre, promettendo che in caso di vittoria quelle sarebbero state le ultime consultazioni federali svolte con il *first-past-the post*.

Una volta assunta la carica di Primo Ministro, Trudeau inserì la riforma nell'agenda governativa oggetto dello *Speech for the Throne* e affidò al Ministro delle Istituzioni Democratiche Maryam Monsef la costituzione dell'*House of Commons Special Committee on Electoral Reform (ERRE)*. Quest'ultimo, tuttavia, invece di rispecchiare nella propria composizione i diversi partiti secondo il loro numero di seggi alla Camera (così come nelle intenzioni del Governo), su iniziativa delle opposizioni adottò da subito una struttura basata sulle percentuali del voto popolare destinata a garantire non il rispetto dei rapporti di forza tra maggioranza e opposizioni, ma la rappresentanza anche dei gruppi parlamentari più piccoli, come i *Greens* e il *Bloc Québécois*.

⁵⁹ Sul punto, si vedano A. Barnes, D. Lithwick, E. Virgint, *Electoral Systems and Electoral Reform in Canada and Elsewhere. An Overview*, Ottawa, Parliamentary Information and Research Service, n. 2016-06-E, 2016, p. 13.

⁶⁰ Cfr., *An Act to Amend the Canada Elections Act, 2007*. Sul punto, ampiamente, Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., pp. 21 ss..

⁶¹ Government of Canada, *Public Consultations On Canada's Democratic Institutions and Practices*, 10-09-2007.

⁶² Barnes-Lithwick, Virgint, *Electoral Systems and Electoral Reform in Canada and Elsewhere. An Overview*, cit., p. 13.

⁶³ La piattaforma programmatica prevedeva la formazione di «una speciale commissione parlamentare *all-party*» con il compito di formulare delle raccomandazioni al Governo sulla «direzione da seguire in materia di riforme elettorali», cfr., Liberal Party of Canada, *Real Change. A Fair and Open Government*, 2015, p. 8. In merito, si veda J. P. Derriennic, *A Better Electoral System for Canada*, Presse de l'Université Laval, Quebec City, 2016, pp. 7 ss..

La Camera dei Comuni il 7 giugno 2016 incaricò formalmente il *Committee* di studiare i sistemi elettorali capaci di sostituire il *first-past-the-post*, di valutare la fattibilità dell'introduzione del voto *online* e di quello obbligatorio e di garantire il rispetto da parte della riforma dei principi dell'efficacia, della partecipazione, dell'inclusività e dell'integrità. In seguito, l'ERRE non solo ascoltò esperti, accademici, pubblici funzionari e responsabili dei servizi elettorali del Canada e di altri Paesi, ma adottò anche forme di consultazione dei cittadini, consentendo a questi ultimi l'invio *online* di richieste e di chiarimenti, ovvero la diretta partecipazione a *town hall meeting* tenuti dai deputati e ad audizioni organizzate in diverse città canadesi.

Nel suo rapporto finale, presentato alla Camera dei Comuni il 1° dicembre 2016 e intitolato *Strengthening Democracy in Canada: Principles, Process and Public Engagement for Electoral Reform*⁶⁴, il *committee* raccomandò al Governo di sostituire il *first-past-the post* con un sistema di tipo proporzionale e di adottare tale riforma tramite un referendum popolare⁶⁵.

Tuttavia, il 1° febbraio 2017, il nuovo Ministro delle Istituzioni Democratiche Karina Gould annunciò ufficialmente che il Governo non intendeva più impegnarsi nell'approvazione della riforma e al riguardo richiamò l'opinione del Primo Ministro secondo cui la mancanza di «una chiara preferenza» e di un effettivo «consenso» per l'adozione di un nuovo sistema elettorale rendevano impossibile, nell'«interesse del Canada», indire un referendum nazionale sulla questione⁶⁶. Lo stesso Trudeau, in seguito, difese la propria decisione, paventando che la decisione di adottare un sistema elettorale di tipo proporzionale avrebbe «aumentato le voci degli estremisti e degli attivisti», promosso l'instabilità politica del Paese e messo in pericolo la sua stessa unità⁶⁷.

2345

7.2. I tentativi di riforma avviati nelle Province

Nonostante non siano sfociate nell'approvazione di una nuova disciplina elettorale, le iniziative avviate negli ultimi quindici anni dalle Province si sono dimostrate molto più incisive e innovative di quelle adottate in ambito federale soprattutto per il frequente ricorso allo strumento del referendum e alla democrazia deliberativa⁶⁸.

⁶⁴ House of Commons, *Strengthening Democracy in Canada: Principles, Process and Public Engagement for Electoral Reform. Report of the Special Committee*, Ottawa, 2016.

⁶⁵ In particolare, il Comitato raccomandava (raccomandazioni nn. 1, 2 e 12) che nello sviluppo dei nuovi sistemi elettorali, il Governo usasse il citato "indice di Gallagher" per ridurre gli effetti distorsivi sulla rappresentanza parlamentare, fissandone addirittura il livello massimo a 5 (cfr., *Strengthening Democracy in Canada*, cit., pp. 181 ss.).

⁶⁶ In merito, A. Wild, *Trudeau abandons electoral reform, breaking key campaign promise*, *The Globe and Mail*, 01-02-17.

⁶⁷ Sul punto, M. Kupfer, *Trudeau says national unity more important than election reform*, *CBC News*, 10-02-17.

⁶⁸ L'eccezione è costituita dalla Nuova Scozia e dal Manitoba, dove la questione della riforma, sebbene presente nel confronto politico, non è stata al momento posta in agenda. In merito, si vedano Hunter, *Renovating Canada's Constitutional Architecture*, cit., pp. 20 ss.; Barnes, Lithwick, Virgint, *Electoral Systems and Electoral Reform in Canada and Elsewhere*, cit., pp. 13 ss.; Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., pp. 26 ss. e

Nell'Isola Principe Edoardo dopo la costituzione nel 2003 di una commissione di studi, poi conclusasi con la raccomandazione di un sistema proporzionale analogo a quello neozelandese, nel 2005 fu indetto un referendum sulla riforma elettorale conclusosi con la vittoria degli oppositori al progetto. Nel 2016 una consultazione popolare (condotta anche *online*) avente per oggetto la scelta tra cinque diversi modelli elettorali ha visto prevalere l'opzione del passaggio al proporzionale⁶⁹, ma il *Premier* MacLauchlan, in ragione del basso tasso di affluenza registrato dalla consultazione, ha deciso di indire il 23 aprile 2019 un nuovo referendum, da abbinare alle elezioni provinciali. La proposta, tuttavia, è stata respinta nel voto popolare, ma è prevalsa invece in un maggior numero di collegi uninominali (anche se con una percentuale inferiore alla soglia del 60% richiesta come requisito per l'approvazione).

Nel Nuovo Brunswick una commissione istituita nel 2003 (dopo la conquista nel 1987 di tutti i seggi dell'Assemblea legislativa da parte del Partito liberale) presentò nel 2005 un progetto di legge elettorale di tipo misto da sottoporre entro due anni ai cittadini con referendum popolare, ma dopo la sconfitta del governo conservatore, il processo di riforma si interruppe con la decisione del nuovo esecutivo liberale di mantenere il *first-past-the-post*.

Nella Columbia Britannica, dopo il peculiare esito delle elezioni del 1996 e del 2001, segnate rispettivamente dal *plurality reversal* e da un'*oversized majority*, l'Assemblea legislativa istituì nel 2001 una *Citizens' Assembly* con il compito di coinvolgere i cittadini della Provincia nella ricerca di un nuovo sistema elettorale. La proposta elaborata dall'Assemblea, ovvero il passaggio a un sistema maggioritario uninominale a turno unico con singolo voto trasferibile (*single transferable vote*, STV), sottoposta al voto nel 2005, per ottenendo un consenso superiore al 50% dei voti e la maggioranza in 77 collegi elettorali su 79, non superò la prevista soglia del 60% per la propria approvazione. In ragione di ciò, nel 2009 venne indetto un nuovo referendum, ma i favorevoli alla riforma furono solo il 39% degli aventi diritto.

Nel 2017, i *Greens* e il NDP si accordarono con il governo liberale, uscito minoritario dalle elezioni provinciali, perché venisse indetto un nuovo referendum sulla riforma elettorale, impegnandosi a sostenere l'introduzione di un sistema di tipo proporzionale nella successiva crisi di governo, ma la formazione di un nuova compagine minoritaria del NPD sostenuta dall'esterno dai *Greens* assicurò poi lo svolgimento (per posta) della consultazione già tra l'ottobre il dicembre 2018. I quesiti oggetto del referendum furono due, uno relativo alla scelta uninominale-proporzionale e l'altro a quella tra tre diversi modelli di sistema proporzionale – *Dual-member proportional* (DMP), *Mixed-member proportional*, *Rural-urban*

sul ricorso al referendum da parte delle Province canadesi, E. Garcia, E. Palici Di Suni, M. Rogoff, *Gli istituti di democrazia diretta nel diritto comparato*, Milano, Cedam, 2018, pp. 268 ss..

⁶⁹ P. Alan, *Prince Edward Island Plebiscite on Democratic Renewal*, in *Focus on Electoral Reform*, *Canadian Parliamentary Review*, Winter 2016, pp. 7 ss..

proportional (RUP) – ma oltre il 61% degli elettori scelse di mantenere in vigore il *first-past-the post*⁷⁰.

Anche in Ontario, nel 2005, il Governo provinciale decise di istituire, sul modello della Columbia Britannica un'assemblea di cittadini (la *Ontario Citizens' Assembly*) con il compito di affrontare il tema della riforma elettorale e di scegliere un modello alternativo al *plurality* destinato a essere poi sottoposto a un referendum confermativo. Dopo una complessa valutazione delle diverse soluzioni proposte, l'assemblea raccomandò l'adozione di un sistema di tipo misto in cui l'elettore poteva esprimere un voto per il collegio uninominale e uno per la lista provinciale, ma la proposta fu respinta nel referendum tenutosi nell'ottobre del 2007⁷¹.

In Québec, il dibattito sulla riforma elettorale (già presente negli anni Settanta contestualmente alla trasformazione conosciuta dal sistema politico provinciale dopo l'affermazione del *Parti Québécois*), nel 2003 fu segnato dalla richiesta da parte di un'assemblea di cittadini (*Estates General on the Reform of Democratic Institutions*) di una riforma in senso proporzionale a cui fece seguito la presentazione di un progetto governativo di riforma che proponeva un sistema elettorale di tipo misto. Nel 2006 sul testo furono avviate delle consultazioni pubbliche che culminarono nella presentazione, da parte del *Citizen's Committee*, di un modello elettorale simile a quello tedesco e sulla base delle osservazioni ricevute, il *Directeur Général des élections* presentò un progetto di un *compensatory-mixed-system*, ma il tema uscì dall'agenda governativa per l'evolversi della situazione politica in senso sfavorevole al Partito liberale.

Nelle elezioni del 2018 il *Premier* quebecchese Legault assunse l'impegno a presentare entro il primo anno di legislatura un progetto di una legge elettorale in senso proporzionale e a farlo approvare prima del 2022, in modo così da consentire alle elezioni provinciali previste per quella data di svolgersi sulla base delle nuove regole. Nel settembre 2019, tuttavia, il disegno di legge che introduce un sistema elettorale di tipo misto ha previsto la convocazione di un referendum confermativo da abbinare alle elezioni del 2022 e ciò ha di fatto rinviato l'eventuale prima applicazione del nuovo regime elettorale al 2026⁷².

8. La questione della costituzionalità del *first-past-the-post* e della riforma elettorale

Il sistema elettorale canadese per collegi uninominali è da tempo oggetto di alcune obiezioni di legittimità costituzionale sollevate in merito alla sua compatibilità con i *democratic rights* riconosciuti dalla Carta dei diritti e delle libertà del 1982 e, nello specifico, con il *right to vote* (art. 3) così come interpretato dalla Corte Suprema del

⁷⁰ N. Eglund, *No change: B.C. voters back first-past-the-post system in electoral reform referendum*, *Vancouver Sun*, 21-12-18.

⁷¹ In merito, L. Leduc, *The Failure of Electoral Reform Proposals in Canada*, in *Political Science*, 61, 2009, pp. 21 ss.

⁷² B. Shingler, *CAQ government wants to hold a referendum over electoral reform plan*, *CBC News*, 25-09-19.

Canada. Quest'ultima, infatti, a partire dalla sentenza del 1991 *Reference re Provincial Boundaries (Saskatchewan)* del 1991, ha inteso il diritto di voto come diritto a una rappresentanza effettiva nella Camera dei Comuni e nelle Assemblee legislative delle Province (*effective representation*), ricavando da questo principio, nelle successive pronunce *Haig v. Canada* del 1993 e *Figueroa v. Canada* del 2003, anche il diritto per ogni cittadino di svolgere «un ruolo significativo» all'interno del processo democratico⁷³.

In realtà, la tesi sostenuta da una parte della dottrina canadese (sulla base di alcune decisioni assunte dalle Corti inferiori)⁷⁴ e da alcune organizzazioni *non-party* (quali *Fair Vote Canada* e *Fair Voting BC*) a favore di una riforma elettorale in senso proporzionale⁷⁵ secondo cui il ricorso al *first-past-the-post* determina una violazione dei diritti tutelati dalla Carta, non sembra trovare riscontro nella giurisprudenza della Corte suprema.

Quest'ultima, infatti, nella citata sentenza *Figueroa* (redatta dal giudice Frank Iacobucci) ha sottolineato come la Carta sia da intendersi «interamente neutrale rispetto al tipo di sistema elettorale in cui il diritto di voto o di concorrere come candidato alle elezioni deve essere esercitato»⁷⁶ e in *Harper v. Canada (Attorney General)* del 2004 e *R.v. Bryan* del 2007 ha riaffermato la dimensione essenzialmente politica del sistema elettorale. Oltre a ciò, l'idea che la Costituzione non richieda l'adesione a un particolare sistema elettorale è stata confermata dalla Corte di Appello del Québec che, nella pronuncia *Daoust v. Québec (directeur générale des élections)* del 2011, ha negato la possibilità di invocare l'art. 3 della Carta a garanzia di un tipo particolare di sistema elettorale, compreso lo stesso maggioritario uninominale a un turno.

Molto più complessa e controversa appare invece la questione relativa alla costituzionalità della riforma elettorale alla luce della sentenza *Reference re Senate Reform* del 2014 con cui la Corte Suprema canadese ha ritenuto illegittima la proposta di revisione del Senato (*bill C-7*) in quanto adottata dal Governo *ex art.* 44 del *Constitution Act, 1982* (voto del Parlamento federale senza il coinvolgimento delle Province).

Tale procedura, secondo la Corte, presentando un carattere eccezionale rispetto a quella ordinaria disciplinata dall'art. 38 della Costituzione, può essere impiegata, in ragione della propria portata limitata, solo per adottare quelle modifiche costituzionali destinate a coinvolgere degli «interessi puramente

⁷³ In merito, fra tutti, Y. Dawood, *The Process of Electoral Reform in Canada: Democratic and Constitutional Constraints*, in *Supreme Court Law Review*, 76, 2016, pp. 363 ss..

⁷⁴ Su cui in particolare Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., 17.

⁷⁵ Per E. Macfarlane, *Electoral Reform Is Not A Right Issue*, in A. Potter, D. Weinstock, P. Loewen, *Should We Change How We Vote? Evaluating Canada's Electoral System?*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2017, pp. 33 ss; Id., *Constitutional Constraints on Electoral Reform in Canada: Why Parliament is (Mostly) Free to Implement a New Voting System*, in *Supreme Court Law Review*, 76, 2016, pp. 401 ss.

⁷⁶ Cfr., *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003, S.C.J., 37, par. 37. Per la Corte, infatti, lo scopo dell'art. 3 è quello di «proteggere il diritto di ogni cittadino di giocare un ruolo significativo all'interno del processo, qualunque processo possa essere» (*ibidem*).

federali o provinciali»⁷⁷ e non le proposte presentate dall'Esecutivo per introdurre l'elezione dei Senatori e operare la riduzione del loro mandato. Queste ultime, infatti, in quanto destinate a modificare la «fondamentale natura e il ruolo»⁷⁸ della Camera Alta richiedono invece, per i giudici, il ricorso alla procedura "7/50" (o "seven-fifty") e quindi il consenso di un minimo di sette Province corrispondenti ad almeno la metà della popolazione⁷⁹. Secondo la Corte, in sostanza, dal momento che l'«architettura interna» della Costituzione può essere alterata anche senza una formale modifica delle sue disposizioni, il ricorso al procedimento di revisione (e il connesso coinvolgimento delle Province) risulta obbligatorio ogniqualevolta una riforma venga ad alterare la «fondamentale natura e il ruolo» dell'istituzione.

Tuttavia, l'«ambiguità»⁸⁰ di tali conclusioni ha reso molto controverso interpretare la sentenza limitatamente alla riforma del Senato, così da escludere ogni suo effetto anche sulle modifiche apportate al sistema elettorale.

Per una parte della dottrina, infatti, il limite imposto dalla Corte al Parlamento nella riforma unilaterale del Senato è da ritenersi valido anche nei confronti di una riforma del sistema elettorale e quindi ogni intervento sul *first-past-the-post* finisce per determinare un *fundamental change* della Camera dei Comuni in ragione degli interessi delle Province ivi rappresentati⁸¹; per l'altra, invece, dal momento che l'attuale sistema elettorale non è costituzionalizzato, ogni suo eventuale cambiamento, una volta adottato nel rispetto del principio della rappresentanza per popolazione e dei *voter rights* previsti dalla Carta dei diritti e delle libertà, non è destinato a incidere sulla natura e sul ruolo della Camera come corpo rappresentativo⁸².

La sentenza *Senate Reference* pone in dubbio anche la costituzionalità del potere del Parlamento federale di emendare in maniera unilaterale la formula adottata per redistribuire i seggi dell'*House* a ciascuna Provincia. Sulla base dell'interpretazione dell'art. 44 *del Constitution Act, 1982* operata dalla Corte, infatti, il Parlamento di Ottawa non può più procedere, così come accaduto più volte dalla nascita della Confederazione, a emendare la formula per la redistribuzione dei seggi nella Camera dei Comuni senza richiedere il consenso

⁷⁷ *Reference re Senate Reform*, 2014, CSC 32, par. 45-48.

⁷⁸ *Ibidem*, par. 48, 52, 69, 75 e 77-79.

⁷⁹ Sui progetti di riforma del Senato presentati dal governo Harper tra il 2006 e il 2014 e sulla sentenza *Reference re Senate Reform*, sia consentito il rinvio a R. Casella, *L'irrisolta questione della riforma del Senato in Canada: dall'"impossibile" revisione costituzionale al Trudeau Plan*, in *Nomos*, 2, 2016, pp. 585 ss; sulla complessità del procedimento di revisione costituzionale in Canada, R. Albert, *The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada*, in *Alb. L. Rev.*, 53, 2014, pp. 85 ss.; K. Glover, *Complexity and Amending Formula*, in *Constitutional Forum*, 24, 2, 2015, pp. 9 ss..

⁸⁰ E. Macfarlane, *Unsteady Architecture: Ambiguity, the Senate Reference and the Future of Constitutional Amendment in Canada*, in *McGill Law Journal*, 2015, 883 ss..

⁸¹ In tal senso le opinioni di M. Pale, Y. Roth, J. E. Roth riportate da Dawood, *The Process of Electoral Reform in Canada*, cit., p. 14.

⁸² *Ibidem*, p. 17. Sulla questione si vedano anche le audizioni di M. Pelletier, E. Macfarlane, Y. Dawood, M.P. Harrington, P. Russell, P. Paradis di fronte al Comitato ERRE, in *Strengthening Democracy in Canada*, cit., pp. 6 ss.

delle Province, posta l'incidenza di tali modifiche anche sugli "interessi" di queste ultime e non solo su quelli della Federazione⁸³.

Al riguardo, la possibilità di interpretare la pronuncia, come per la riforma elettorale, in modo da consentire al Parlamento di procedere unilateralmente alla redistribuzione dei seggi alla Camera, eviterebbe il rischio di una potenziale paralisi istituzionale contraddistinta dall'impossibilità di assicurare, in mancanza del consenso delle Province alla revisione costituzionale, il principio della rappresentanza per popolazione anche in presenza di significativi cambiamenti demografici.

D'altronde, la questione degli effetti di *Senate Reference* rischia infatti di porsi al centro del dibattito politico-istituzionale canadese dopo il prossimo censimento del 2021 nell'ipotesi che delle deviazioni dal principio della rappresentanza per popolazione determinate dall'applicazione del *Fair Representation Act, 2011* pongano di nuovo all'ordine del giorno la determinazione del numero dei seggi e della loro redistribuzione fra le Province. In effetti, com'è stato evidenziato dalle proiezioni demografiche, la formula adottata dalla riforma non appare destinata a incrementare il futuro numero dei seggi della Camera dei Comuni in proporzione sufficiente ad assicurare un'adeguata rappresentanza alle province caratterizzate da una forte crescita della popolazione⁸⁴, se non attraverso l'introduzione di alcune specifiche modifiche al suo complesso funzionamento (quale una diversa frequenza nella redistribuzione dei seggi e una nuova modalità di calcolo del quoziente elettorale).

Così, qualora una nuova formula, magari di tipo permanente, dovesse essere adottata con la procedura ordinaria di revisione, quest'ultima finirebbe necessariamente per intrecciarsi con l'«impossibile»⁸⁵ riforma del Senato e con l'assai più complessa abrogazione della *senatorial clause*⁸⁶.

⁸³ Cfr., Pal, *Fair Representation in the House of Commons?*, cit., pp. 46 ss.; in merito, si vedano le osservazioni di Macfarlane, *Constitutional Constraints on Electoral Reform in Canada*, cit., 406 ss..

⁸⁴ Sulla base dei dati evidenziati da *Statistics Canada*, l'aumento del quoziente, previsto dall'*Act* a partire dal tasso medio di crescita della popolazione di ciascuna Provincia nell'ultimo decennio, nel 2024 assegna infatti alle Province con un più rapido incremento demografico meno seggi di quelli che avrebbero ottenuto nella redistribuzione basata sul precedente quoziente fisso. Cfr., Statistics Canada, *Population Projections for Canada, Provinces and Territories: 2009-2036*, Ottawa, Statistics Canada, 2010; Pal, *Fair Representation in the House of Commons?*, cit., pp. 41 ss. e D. Kerr, H. Mellon, *Demographic Change and Representation by Population in the Canadian House of Commons*, in *Canadian Studies in Population*, 2010, p. 53 (ivi citato). Sulla diversa rappresentanza parlamentare riconosciuta, a partire dalle due *alternative formulas* impiegate nel calcolo, alle Province dell'Ontario, dell'Alberta e della Columbia Britannica, si veda la tabella relativa alla redistribuzione dei seggi nel 2024 pubblicata ivi, p. 42.

⁸⁵ Cfr., Casella, *L'irrisolta questione della riforma del Senato in Canada: dall' "impossibile" revisione costituzionale al Trudeau Plan*, cit., pp. 31 ss..

⁸⁶ (...) Tale eventualità appare auspicabile a Gussow, *La Representation in House of Commons: A Long Term Proposal*, cit., p. 39, per il quale infatti le riforme costituzionali, oltre a eliminare la *senatorial clause* e la *grandfather clause*, dovrebbero assicurare il superamento delle carenze che caratterizzano il Senato (mancanza di legittimazione democratica e scarsa rappresentatività delle Province). Una volta trasformata in una Camera elettiva dotata di un mandato uguale a quello dell'*House of Commons* e chiamata a rappresentare su base paritaria le *Divisions* oppure ad assicurare almeno un eguale numero di seggi all'Ontario e al Québec (e a quest'ultimo almeno il 25% del loro totale), l'*Upper House* determinerebbe un profondo rimodellamento del

Di fronte a tale possibile *impasse* istituzionale, non è tuttavia esclusa la possibilità che il Parlamento e le Province decidano di delegare il proprio potere d'intervento sulla formula a un organismo indipendente chiamato, sulla base dell'esperienza delle richiamate *Electoral Boundary Commissions*, a operare sull'intero processo in modo regolare e *non-partisan*⁸⁷.

9. La presunta obbligatorietà del referendum elettorale

Come sottolineato in precedenza, l'*House of Commons Special Committee on Electoral Reform*, chiamato dalla Camera dei Comuni a ricercare «metodi addizionali per conoscere le opinioni dei canadesi»⁸⁸, ha raccomandato nel suo rapporto finale che la riforma elettorale venga direttamente sottoposta al giudizio popolare. Al riguardo, per giustificare il ricorso al referendum non soltanto è stata richiamata l'esigenza di una legittimazione democratica del processo di riforma⁸⁹, ma anche invocata l'esistenza di una vera e propria convenzione costituzionale a suo sostegno.

In particolare, sono state ricordate le esperienze dei referendum elettorali svolti a livello provinciale e in alcuni Paesi della *Westminster family* quali l'Australia, la Nuova Zelanda e il Regno Unito (in cui nessuna modifica del sistema elettorale è stata implementata senza l'espresso consenso della maggioranza – in alcuni casi addirittura qualificata – dell'elettorato) per affermare la presenza di una *constitutional convention* volta a tutelare il sistema elettorale quale «fondamentale parte» dell'ordinamento istituzionale canadese⁹⁰.

In realtà, il referendum non è previsto nell'eventualità che la riforma venga adottata per via legislativa ordinaria o con un emendamento costituzionale adottato *ex art.* 44 del *Constitution Act*, 1982. In quest'ultima ipotesi, inoltre, non sussiste neppure la necessità di applicare le norme provinciali che prevedono lo strumento referendario, visto che il consenso delle Province alle modifiche adottate dal Parlamento federale non è richiesto. Oltre a ciò, posto che il *Referendum Act* del 1992, adottato per fornire la base giuridica al referendum sull'Accordo di Charlottetown, considera solo eventuale il ricorso alla consultazione popolare «su qualunque questione relativa alla Costituzione del Canada»⁹¹, non solo nessuna convenzione costituzionale sancisce l'obbligo di

bicameralismo canadese, consentendo alla Camera dei Comuni di esprimere pienamente la *representation by population*.

⁸⁷ In tal senso, Pal, *Fair Representation in the House of Commons?*, cit., pp. 49 ss. che al riguardo auspica l'avvio di una vera e propria seconda «*electoral boundary revolution*».

⁸⁸ Cfr., *Strengthening Democracy in Canada: Principles, Process and Public Engagement for Electoral Reform. Report of the Special Committee*, p. 170.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 169 ss..

⁹⁰ Cfr., P. Dutil, *The Imperative of a Referendum*, in L. Miljan (Ed), *Counting Votes: Essay on Electoral Reform, Vancouver, Fraser Institute*, 2016, pp. 98 ss.. Sul punto, si vedano anche H.L. Kong, *A Modest Case for Constitutional Reform in Canada*, in Potter, Weinstock, Loewen, *Should We Change How We Vote? Evaluating Canada's Electoral System?*, cit. pp. 177 ss., D. Leydet, *Should We Have a Referendum?*, *ivi*, pp. 166 ss..

⁹¹ Cfr., Garcia, Palici Di Suni, Rogoff, *Gli istituti di democrazia diretta nel diritto comparato*, cit., p. 262.

indire un referendum sulla riforma elettorale, ma le ultime revisioni costituzionali (*patriation* della Costituzione, estensione dei diritti degli aborigeni, abolizione del sistema scolastico confessionale in alcune Province e Accordo di Meech Lake) sono state tutte adottate dal Parlamento federale senza richiedere il preventivo consenso degli elettori canadesi⁹².

10. Alcune considerazioni conclusive

Com'è stato posto in evidenza, gli strumenti con cui da decenni il Canada cerca di modificare il proprio sistema elettorale sono molteplici e diversificati (commissione di studi, comitato parlamentare, *citizen's assembly*, referendum) e la riforma del *first-past-the-post* non è più una mera *academic issue*, ma un tema che coinvolge l'opinione pubblica, è sostenuto da molti *advocacy groups* e *lobby organizations* (come, tra le altre, *Fair Vote Canada*), rappresenta un punto qualificante della piattaforma programmatica di partiti nazionali e provinciali e si è imposto anche tra le priorità dell'agenda governativa (com'è accaduto nei primi due anni della legislatura 2015-2019).

Tuttavia, nonostante le iniziative assunte a suo favore negli ultimi anni da cinque Province e le favorevoli condizioni politiche creatasi con il ritorno al potere del *Liberal Party* guidato da Justin Trudeau, nessuna riforma è stata adottata a livello federale e provinciale a causa dell'ambivalenza costantemente dimostrata dai partiti al governo (da ultimo quello del Québec) e dalla scelta di mantenere il *first-past-the-post* espressa dagli elettori in tutti i cinque referendum indetti sulla riforma.

L'esperienza canadese, soprattutto alla luce della *broken promise* di Justin Trudeau, ripropone così il «paradosso delle riforme elettorali»⁹³: da un lato, i partiti che sono riusciti a conquistare la maggioranza dei seggi grazie al sistema elettorale vigente, una volta assunta la guida del Governo, non manifestano più interesse alla sua riforma, mentre quelli che invece ritengono necessario intervenire sul meccanismo elettorale non dispongono della forza politica per farlo, dall'altro, i partiti partecipano al dibattito sostenendo il modello elettorale che appare in grado di avvantaggiarli a danno degli altri⁹⁴. Al riguardo, poi, come

⁹² Cfr., Hunter, *Renovating Canada's Constitutional Architecture*, cit., pp. 24 ss..

⁹³ Cfr., Mécs, *Reform of the Electoral System in Canada and in Hungary – Towards a More Proportional System?*, cit., pp. 10 ss.. In tal senso anche Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., pp. 38 ss.. Sulle difficoltà della riforma elettorale, già R. S. Katz, *Electoral Reform is Not as Simple as it Looks*, in Milner (Ed), *Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System*, p. 101 ss..

⁹⁴ Per uno schematico, ma efficace, confronto tra i risultati elettorali del 2015 (in seggi) e quelli simulati a partire dall'applicazione a essi di un modello elettorale di tipo proporzionale basato su liste provinciali e di uno caratterizzato invece dal ricorso al *single transferable vote*, Malcolmson, Myers, Baier, Bateman, *The Canadian Regime*, cit., p. 191. Da sottolineare come, in tale ipotetico scenario politico-parlamentare, il Partito liberale, grazie al STV, otterrebbe – a fronte di meno del 40% dei voti – ben 224 seggi (contro gli attuali 184) ovvero il 66% dei deputati e invece solo 134 seggi sulla base di uno scrutinio proporzionale di lista. Sull'erronea valutazione da parte dei partiti dei potenziali vantaggi derivanti dalle riforme elettorali, L. Massicotte, *La réforme électorale: de la futilité des calculs partisans*, in *Policy Options Politiques*, numero speciale *Electoral Reforme*, 30-06-16.

dimostrano costantemente i referendum finora svolti a livello provinciale, l'elettorato canadese pare esaltare più le «virtù»⁹⁵ che i limiti del *plurality*, nonostante da anni una parte del mondo politico e accademico continui a indicare invece il modello di tipo proporzionale come la soluzione alle *democratic diseases* di cui soffrirebbe il sistema politico e istituzionale del Paese⁹⁶.

Oltre a ciò, le difficoltà connesse all'approvazione della riforma elettorale appaiono accresciute dai dubbi che la recente giurisprudenza della Corte Suprema ha sollevato riguardo la costituzionalità di una riforma elettorale adottata in modo unilaterale da *Parliamentary Hill*. La ricerca del consenso delle Province renderebbe infatti più complesso assicurare tutte le condizioni politiche e istituzionali necessarie alla modifica della legge elettorale, con il rischio che quest'ultima, al pari della riforma del Senato, finisca per essere destinata a una «*constructive unamendability*»⁹⁷, ovvero a diventare un intervento «tecnicamente possibile, ma realisticamente irrealizzabile»⁹⁸. Del resto, al di là delle riserve di natura giuridico-costituzionale sottolineate in precedenza sul ricorso al referendum, anche la ricerca da parte del Governo federale del preventivo assenso dell'elettorato al proprio progetto, non renderebbe meno complesso, sempre sul piano politico e istituzionale, l'intero processo di riforma, essendo comunque obbligatoria l'approvazione di una *motion for approval of referendum question* da parte del Parlamento prima del voto sulla nuova legge elettorale.

In sostanza, la questione se il Canada debba abbandonare o meno il *first-past-the-post* con cui i suoi cittadini votano da più di un secolo e mezzo è rimessa interamente alle decisioni dei deputati eletti con tale sistema. Così, al riguardo, decisive per il destino della riforma appaiono le elezioni per la Camera dei Comuni del 21 ottobre 2019, soprattutto nel caso esse determinino un risultato - al momento in cui viene licenziato questo saggio non ancora prefigurabile - particolarmente anomalo (*wrong winner election* o *oversized majority*) o molto complesso da gestire sul piano politico-parlamentare (*minority cabinet*).

⁹⁵ Come, *in primis*, «la semplicità e il rapporto diretto fra elettori e deputato» (cfr., Olivetti, *Il dibattito sulla riforma elettorale e sulle elezioni a data fissa in Canada*, cit., p. 38). Sul punto, Massicotte, *Electoral Systems in Context: Canada*, cit. pp. 750 ss..

⁹⁶ Al riguardo, per una ricostruzione (e valutazione critica) degli argomenti richiamati in tale ottica a sostegno del sistema proporzionale (tra gli altri, aumento della partecipazione democratica, rappresentatività, *accountability*), E. Goodyear-Grant, *Voter Choice and Accountability: A Case for Caution about Electoral Reform*, in Potter, Weinstock, Loewen, *Should We Change How We Vote? Evaluating Canada's Electoral System?*, cit., p. 49 ; C.M. Macleod, *Democratic Deliberation and Electoral Reform*, ivi, pp. 74 ss; M. E. Warren, *Can Proportional Representation Lead to Better Political System Performance?*, ivi, pp. 86 ss; L. Miljan, *What Is the Problem that Electoral Reform Will Solve?*, ivi, pp. 94 ss..

⁹⁷ Cfr. R. Albert, *Constructive Unamendability in Canada and the United States*, in *Supreme Court Law Review*, 67, 2014, p. 181. Sulla necessità che la Corte Suprema si pronunci sull'obbligatorietà o meno di un emendamento costituzionale, si vedano Y. Dawood, *Is a constitutional amendment required for electoral reform?*, in *Policy Options Politiques*, numero speciale *Electoral Reforme*, 27-06-16 e N. Wisemann, *The constitutionality of electoral reform*, ivi, 09-11-16.

⁹⁸ Così, Pal, *Fair Representation in the House of Commons?*, cit., p. 48.

Verifica dei poteri ed immunità parlamentare degli eurodeputati indipendentisti catalani

di Alberto Di Chiara

Abstract: Verification of powers and parliamentary immunity of Catalan independentist MEPs – This essay focuses on the verification of credentials and parliamentary immunity of European Members of Parliament. In particular, this research analyzes the preliminary ruling of interpretation reverted by the Spanish Supreme Court to the European Court of Justice on the concept parliamentary immunity of Catalan independentists recently elected at the European Parliament. In the final part, the article underlines the importance of the adoption of a uniform electoral procedure, which has to take account of verification of credentials and parliamentary immunity.

2355

Keywords: European Parliament election; Verification of credentials; Parliamentary immunity; Catalan independentists; Uniform electoral procedure.

1. Il quadro emerso alla luce delle elezioni europee del 26 maggio 2019

Tra gli eletti al Parlamento europeo insediatosi il 2 luglio scorso risultano alcuni leader dei partiti indipendentisti catalani: sin dai giorni immediatamente successivi alle elezioni, si sono poste diverse questioni giuridiche che meritano approfondimento.

Come noto, le elezioni europee si svolgono tuttora sulla base delle regole dettate dai singoli Stati membri, essendo fissate a livello comunitario soltanto alcune disposizioni di principio, quali l'opzione a favore di un sistema elettorale proporzionale e la presenza di una soglia di sbarramento compresa tra il 2 ed il 5% dei voti validi espressi¹.

La disciplina spagnola prevede², come ultima fase del procedimento elettorale, che gli eletti al Parlamento europeo, al momento dell'accettazione del

¹ Così dispone l'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee l'8 ottobre 1976, l. 278, successivamente modificato dalla Decisione 93/81/Euratom, CECA, CEE, dalla Decisione 2002/772/CE, Euratom del Consiglio del 25 giugno 2002 e del 23 settembre 2002 e, da ultimo, dalla Decisione 2018/994/UE, Euratom del Consiglio del 13 luglio 2018.

² Tale obbligo non trova fondamento direttamente nella Costituzione spagnola del 1978. L'art. 70 dispone che sono requisiti per accedere alla condizione di deputato la validità della verifica degli atti e delle credenziali e l'assenza di cause di incompatibilità. L'obbligo di giuramento è disciplinato, invero, dagli artt. 108 e 224, comma 2, della Ley organica del regimen electoral general (LOREG) del 19 giugno 1985, nonché dall'art. 20, comma 1, punto 3 del Reglamento del Congreso de los diputados.

mandato, debbano giurare sulla Costituzione³ presso la *Junta Electoral Central* di Madrid⁴. La giurisprudenza del Tribunal Constitucional di Madrid, sia pure in pronunce risalenti, ha avuto modo di occuparsi della previsione in questione, escludendone sempre la illegittimità⁵.

Qui sorge il primo problema: Carles Puigdemont, ex presidente catalano in esilio in Belgio e neoeletto al Parlamento europeo, qualora fosse rientrato in territorio spagnolo sarebbe stato con ogni probabilità arrestato, in quanto accusato di ribellione e sedizione per i fatti avvenuti in Catalogna alla fine del 2017, culminati nella dichiarazione unilaterale di indipendenza. Oltre a Puigdemont, sono stati eletti anche l'ex Assessore alla Salute Antoni Comin, anch'egli in esilio in Belgio, e l'ex vicepresidente catalano Oriol Junqueras, in stato di custodia cautelare in Spagna e imputato dinanzi al Tribunale Supremo. Nei giorni seguenti alle elezioni, l'ex presidente Puigdemont tentò invano di entrare nella sede del Parlamento europeo in quanto sprovvisto delle necessarie credenziali, poiché le competenti autorità nazionali non avevano inviato l'elenco definitivo degli eletti, con conseguente sospensione dell'assunzione della carica per tutti gli eurodeputati spagnoli. Il giuramento di fronte alla *Junta Electoral Central* si è svolto il 17 giugno, in assenza dei tre aspiranti eurodeputati catalani: in ragione di ciò, la Commissione ha comunicato al Parlamento europeo la lista definitiva degli eletti, comprendente soltanto cinquantuno nominativi, rispetto ai cinquantaquattro seggi spettanti alla Spagna. Conseguentemente, i tre esclusi scrissero al Presidente del Parlamento europeo Tajani al fine di vedersi riconosciuta la qualità di eurodeputati: il Presidente, appellandosi all'art. 12 dell'Atto del 1976, che impone al Parlamento di Strasburgo di prendere atto dei risultati elettorali proclamati negli Stati membri, ha rimesso la decisione sulla legalità delle norme e delle procedure in materia elettorale alle autorità giurisdizionali nazionali. I legali di Puigdemont e di Comin hanno proposto un ricorso al Tribunale di Primo grado dell'Unione europea, respinto in sede cautelare ma sul quale il Tribunale dovrà pronunciarsi successivamente nel merito, al fine di ottenere «la sospensione della operatività di diverse decisioni del Parlamento europeo che impedirebbero ai ricorrenti di prendere possesso dei propri seggi in Parlamento in qualità di membri eletti e, in secondo luogo, un'ordinanza che imponga al Parlamento europeo di adottare tutte le misure necessarie – incluso il riconoscimento dei privilegi e delle immunità dei

³ Cfr. E. Gonzales Fernandez, *Juramento y lealtad a la Constitución*, in *Revista de derecho político*, n. 60/2004, p. 185 e ss.; A. Basurto Barrio, *“Por imperativo legal”: el acatamiento de la Constitución por diputados y senadores*, in hayderecho.expansion.com, 24 maggio 2019.

⁴ Tale organo, parte dell'amministrazione elettorale, è composto in maggioranza da magistrati del Tribunale supremo (8 componenti) e da professori in materie giuridiche, di scienze politiche o sociologia (5 componenti).

⁵ Cfr. Tribunal Constitucional, sentt. nn.: 101/1983; 122/1983; 8/1985; 74/1991. La più rilevante tra le pronunce in materia è senza dubbio la n. 119/1990, che offre una ricostruzione sistematica della compatibilità del giuramento con la Costituzione. Inoltre, tale pronuncia è utile per valutare il significato del giuramento o della promessa di *acatar la Constitución* e per criticarne l'anacronismo o per interpretarli in senso relativamente flessibile, pur nel rispetto delle prescrizioni legislative e regolamentari. Si veda, in particolare, il punto 4 dei *Fundamentos jurídicos* della predetta sentenza.

ricorrenti – in modo che essi possano occupare i propri seggi per il 2 luglio 2019»⁶. Parallelamente, il Tribunale Supremo, dinanzi al quale è pendente il procedimento penale a carico di Junqueras, ha sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione dinanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione europea avente ad oggetto il contenuto ed i limiti dell’immunità derivanti dal mandato parlamentare europeo. Più recentemente, la *Junta Electoral Central* ha definitivamente stabilito che, in mancanza di giuramento, i tre indipendentisti catalani non possono acquisire lo status di europarlamentari.

Anzitutto, è da chiedersi quale sarà la decisione del Parlamento europeo nel momento in cui svolgerà la verifica dei poteri degli eletti: si limiterà a recepire la decisione delle autorità spagnole o, al contrario, assumerà una propria determinazione facendo leva sul principio di autonomia che caratterizza ogni assemblea elettiva? È pur vero che l’esperienza comparata dimostra come la verifica dei poteri sia stata progressivamente *esternalizzata* dai Parlamenti nazionali, prevedendo, nelle forme più varie, il concorso dell’autorità giudiziaria o di altri organi; tuttavia sarebbe inedito che un’assemblea parlamentare si limitasse a recepire la convalida degli eletti svolta – ed è fondamentale ricordarlo – in un ordinamento diverso.

Per quanto riguarda il caso Junqueras, è interessante approfondire l’ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale Supremo spagnolo, per analizzare quali punti sono stati posti all’attenzione del giudice comunitario, in vista di una decisione della Corte di Giustizia che si preannuncia di sicura rilevanza, poiché il contenuto e i limiti dell’immunità parlamentare europea mai sono stati affrontati dalla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo.

Le questioni giuridiche emergenti da questa complessa vicenda fattuale sembrano ruotare attorno a due poli, le cui orbite si intersecano in diversi punti: la verifica dei poteri del Parlamento europeo nel caso di Puigdemont e Comin; l’immunità penale degli europarlamentari spagnoli per quanto riguarda Junqueras. Ed è proprio seguendo queste due direttrici che si intende analizzare le questioni in esame.

2. La verifica dei poteri del Parlamento europeo... tra Madrid e Strasburgo?

Come si è avuto modo di evidenziare, le vicende dell’ex Presidente Puigdemont e dell’ex Assessore Comin riguardano essenzialmente la verifica dei poteri degli europarlamentari: quale sarà la decisione del Parlamento europeo nel momento in cui convaliderà le elezioni dei propri componenti? Si limiterà a recepire la decisione delle autorità spagnole o, al contrario, assumerà una decisione autonoma?

Anzitutto è necessario ricostruire la disciplina rilevante in tale ambito. In base all’art. 12 dell’Atto del 1976, «il Parlamento europeo verifica i poteri dei membri del Parlamento europeo», inoltre «prende atto dei risultati proclamati ufficialmente dagli Stati membri, e decide sulle contestazioni che potrebbero essere eventualmente presentate in base alle disposizioni del presente Atto, fatta

⁶ Ordinanza del Presidente del Tribunale di Primo grado, 1 luglio 2019 (T-388/19 R).

eccezione delle disposizioni nazionali cui tale atto rinvia». Dunque, il Parlamento di Strasburgo può decidere esclusivamente sui casi di incompatibilità disciplinati dall'art. 7 dell'Atto del 1976, residuando in capo agli Stati membri la competenza a dichiarare gli ulteriori casi di incompatibilità ed ineleggibilità. L'art. 13 disciplina invece gli eventi che possono avvenire successivamente alla elezione del singolo europarlamentare, statuendo che «ciascuno Stato membro stabilisce le opportune procedure per coprire i seggi, resisi vacanti durante il [mandato parlamentare quinquennale], per la restante durata di detto periodo».

L'art. 3 del Regolamento interno del Parlamento europeo si occupa specificamente della verifica dei poteri, stabilendo che «a seguito delle elezioni al Parlamento europeo, il Presidente invita le autorità competenti degli Stati membri a comunicare immediatamente al Parlamento i nomi dei deputati eletti, affinché questi possano sedere in Parlamento a partire dall'apertura della prima seduta successiva alle elezioni»⁷. Inoltre, «il Parlamento, sulla base di una relazione della sua commissione competente per la verifica dei poteri, procede immediatamente alla verifica dei poteri e decide in merito alla validità del mandato di ciascuno dei membri neoeletti, nonché in merito a eventuali contestazioni presentate in base alle disposizioni dell'Atto del 20 settembre 1976, *eccettuate quelle fondate sulle leggi elettorali nazionali*»⁸. Infine, «la relazione della commissione competente si basa sulla comunicazione ufficiale, da parte di ciascuno Stato membro, dell'insieme dei risultati elettorali, nella quale si precisano il nome dei candidati eletti e dei loro eventuali sostituti nonché la graduatoria, così come risulta dal voto»⁹.

Dall'assetto normativo così ricostruito emerge che il Parlamento di Strasburgo potrebbe esclusivamente limitarsi a prendere atto dei risultati elettorali proclamati nei singoli Stati membri sulla base delle rispettive normative nazionali, potendo essere sindacate a livello sovranazionale soltanto le cause di incompatibilità e le contestazioni che trovino il proprio fondamento nell'Atto elettorale del 1976: tale interpretazione risulta confermata dalla costante

⁷ Art. 3, comma 1, Regolamento interno del Parlamento europeo.

⁸ Art. 3, comma 3, Regolamento interno del Parlamento europeo.

⁹ Art. 3, comma 4, Regolamento interno del Parlamento europeo.

giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁰, che ha negato al Parlamento europeo la potestà di compiere una verifica dei poteri autonoma rispetto alle autorità nazionali¹¹, giurisprudenza che viene poi richiamata nella motivazione dell'ordinanza di rigetto delle misure cautelari invocate nel ricorso di Puigdemont e Comin¹².

Tale orientamento non merita di essere condiviso con riferimento al caso di specie. Anzitutto, la motivazione dell'ordinanza non fa mai menzione della dimensione europea dei diritti di cittadinanza e di rappresentanza politica: il diritto di elettorato passivo per le elezioni del Parlamento europeo si inserisce nel cuore dei diritti discendenti dallo status di cittadino europeo, come stabilito dagli artt. 20, par. 2, TFUE e 39 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea.

In secondo luogo, pur essendo innegabile che, in assenza di una normativa elettorale comune, le elezioni europee siano disciplinate dalle singole normative nazionali, è altrettanto vero che sugli Stati membri grava l'obbligo di esercitare le proprie competenze in modo non contrario al diritto dell'Unione. L'obbligo di prestare giuramento sulla Costituzione spagnola si pone in contrasto con la natura diretta dell'elezione dei membri del Parlamento europeo, pregiudicando l'*effetto utile* del diritto di ogni cittadino di candidarsi in tali elezioni, garantito dall'art. 39 della Carta dei diritti fondamentali¹³. Occorre ricordare che l'art. 52, par. 2, della medesima Carta ammette che limitazioni ai diritti riconosciuti dalla stessa possano essere stabilite solo con legge e purché rispettino il contenuto essenziale del diritto in questione, specificando che «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano

¹⁰ Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee, V sez., sentenza del 10 aprile 2003 (causa T-353/00); Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 30 aprile 2009 (cause riunite C-393/07 e C-9/08); M. Angioy, *La verifica dei poteri nel Parlamento europeo ed il rinnovo della delegazione italiana*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 6/1966, 21 ss.; M. Coccia, *Su la verifica dei poteri nel Parlamento europeo*, in *Riv. Trim. dir. Publ.*, 1983, 360; G.E. Vigevani, *La verifica dei poteri nel caso Le Pen*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 2/2001; F. Rigano, *La verifica dei poteri degli eletti al Parlamento europeo: il caso del signor Le Pen*, in *DPCE*, 2003, 1339 e ss.; S. Curreri, *Il caso Occhetto come casus belli*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna n. 12/2007; P. Costanzo, *Corsi e ricorsi dell'autonomia parlamentare tra livello nazionale e livello comunitario*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2008; S. Rossi, *Parlamento europeo vs. Italia: il caso Occhetto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, *Euroscopio – Note dall'Europa*; S. Curreri *Il "caso occhetto": rinuncia all'elezione e autonomia del parlamento europeo*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2008, 197-231; G. Gargani, *La verifica dei poteri: un caso di "vindictio potestatis" da parte del Parlamento europeo*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, 233 ss.; S. Curreri, *Ancora sul caso Occhetto: finale di partita?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna n. 3/2009; A. Di Chiara, *La verifica dei poteri del Parlamento europeo tra normative elettorali difformi e principio di autonomia*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018.

¹¹ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, Cause riunite C-393/07 e C-9/08 Repubblica italiana e Beniamino Donnici contro Parlamento europeo, p.to 23.

¹² Tribunale di Primo grado dell'Unione europea, ordinanza del Presidente del luglio 2019 (causa T-388/19 R).

¹³ P. Van Elswege, *Empty Seats in the European Parliament: What About EU Citizenship?*, in *VerfBlog*, 2019/7/09, <https://verfassungsblog.de/empty-seats-in-the-european-parliament-what-about-eu-citizenship/>.

effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»¹⁴.

Non essendovi precedenti specificamente attinenti alla tutela del diritto di elettorato passivo, è utile richiamare sinteticamente la giurisprudenza del Lussemburgo in materia di limitazioni del versante attivo del diritto di voto. Nella sentenza *Delvigne c. Commune de Lesparre Médoc, Préfet de la Gironde*, pronunciata a seguito di un rinvio pregiudiziale di interpretazione avente ad oggetto gli artt. 39 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'ambito di una controversia sull'esclusione del ricorrente dalle liste elettorali in applicazione di una pena accessoria, la Grande Sezione della Corte ha specificato che «gli Stati membri sono vincolati, nell'esercizio di tale competenza [in materia elettorale], dall'obbligo, enunciato all'articolo 1, paragrafo 3, dell'atto del 1976, letto in combinato disposto con l'articolo 14, paragrafo 3, TUE, di assicurare che l'elezione dei membri del Parlamento europeo si svolga a suffragio universale diretto, libero e segreto»¹⁵.

In altre sentenze, aventi perlopiù ad oggetto il diritto di voto per il Parlamento europeo dei residenti in ex colonie e territori d'oltremare¹⁶, la Corte di Giustizia ha ribadito la natura fondamentale di tale diritto, collegandolo alla necessaria parità di trattamento tra i cittadini europei in tutti gli Stati membri dell'Unione. Ciò che vale per il versante attivo di tale diritto, non può non valere per l'elettorato passivo, che del primo è emanazione e diretta conseguenza. Pertanto, l'esigenza di garantire la parità di trattamento si pone anche per l'accesso alle cariche elettive: se così non fosse, risulterebbe compromesso il diritto di voto nel suo complesso, sotto i profili della libertà e dell'eguaglianza del suffragio, in quanto la scelta degli elettori a favore di determinati candidati verrebbe vanificata – dopo le elezioni – dall'applicazione della normativa elettorale nazionale. Pur trattandosi di una giurisprudenza in cui viene presa in considerazione la parità di trattamento nell'accesso all'elettorato attivo tra cittadini di territori diversi – l'ex colonia o il territorio d'oltremare ed il continente – tale principio trova applicazione anche tra cittadini residenti nel medesimo Stato membro e per entrambi i versanti del diritto di voto.

La situazione di Puigdemont e Comín appare ancor più paradossale se si considera che la candidatura degli stessi era stata avallata anche dal Tribunale Supremo e dal Giudice del contenzioso amministrativo di Madrid. contro la candidatura dei due leader indipendentisti avevano presentato ricorso alla *Junta*

¹⁴ Cfr. *Volker und Markus Schecke e Eifert*, C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, punto 50, nonché *Lanigan*, C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, punto 55.

¹⁵ Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 6 ottobre 2015 (p.to 32).

¹⁶ Sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee, 12 settembre 2006 (causa C-145/04 e C-300/04). Cfr. F. Del Conte, *CEDU e UE a confronto: la Corte di Lussemburgo si pronuncia sulla titolarità del diritto di voto per le elezioni del Parlamento europeo* in *DPCE*, n. 4/2004, 1525 ss.; P. Cavaliere, *Da Strasburgo a Lussemburgo: i nuovi confini del diritto di voto nelle elezioni per il Parlamento europeo*, in *DPCE*, n. 1/2007, 319 ss.; L. Montanari, *La titolarità del diritto di voto al Parlamento europeo: osservazioni su due sentenze della Corte di Lussemburgo*, in *La Comunità internazionale*, n. 4/2007, 703 ss..

Electoral Central esponenti del Partito popolare e di Ciudadanos, da cui derivò l'esclusione dei leader catalani dalle liste elettorali sulla base di una non meglio specificata inidoneità ad essere candidati. La decisione venne impugnata dinanzi al Tribunale Supremo, il quale ha ribadito che “El derecho de sufragio pasivo es un derecho fundamental que el art. 23 de la Constitución reconoce a todos los ciudadanos españoles, por tanto, también a los señores Puigdemont i Casamajo y Comín Oliveres, y a la sra. Ponsati i Obiols”. Inoltre, tale diritto può essere limitato solo se sussiste una causa di ineleggibilità prevista dall'art. 6.2 della Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), che non ricomprende il caso di latitanza all'estero o di ribellione. Anche l'ordinamento spagnolo ha fatto proprio l'orientamento secondo cui le cause di ineleggibilità devono essere interpretate restrittivamente e, in particolare nella materia elettorale, le disposizioni vanno interpretate al fine di favorire l'effettività dei diritti umani e fondamentali. Il giudice adito, tuttavia, ha dichiarato la propria incompetenza, demandando il giudizio al Giudice per il contenzioso amministrativo di Madrid, organo al quale l'art. 49 della LOREG affida la risoluzione di tali controversie. Anche i giudici amministrativi hanno confermato la lettura del Tribunale Supremo, sottolineando come il reato di sedizione non compaia tra le cause di ineleggibilità¹⁷.

Alla luce di ciò, risulta difficile comprendere come l'obbligo di giurare fedeltà alla Costituzione spagnola soddisfi le condizioni di cui all'art. 52 della Carta di Nizza. A quali finalità di interesse generale risponde tale obbligo? Quali libertà o diritti altrui sono tutelati dalla disposizione in esame? Tale assunto risulta rafforzato anche dalle concrete modalità applicative dell'obbligo in questione, laddove le autorità spagnole hanno rifiutato una modalità di giuramento alternativa, ribadendo la necessità di comparire personalmente: da ciò nasce il dubbio che la finalità dell'applicazione rigida della disposizione fosse quella di privare il popolo catalano dei propri rappresentanti al Parlamento europeo, determinando una violazione del diritto sovranazionale.

Sulla scorta di quanto detto sinora, è essenziale che il Parlamento europeo rivendichi il potere di convalidare le elezioni dei propri componenti, non potendosi limitare a prendere atto della proclamazione dei risultati effettuata nei singoli Stati membri qualora sia avvenuta in applicazione di disposizioni nazionali lesive dei diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dall'Unione europea.

3. Il rinvio pregiudiziale di interpretazione sull'immunità degli europarlamentari

Diversa è la situazione del terzo degli indipendentisti catalani eletti al Parlamento di Strasburgo. Oriol Junqueras si trova in stato di custodia cautelare dal novembre 2017 per i fatti legati allo svolgimento del referendum sull'indipendenza della Catalogna. Il 14 ottobre del 2019 il Tribunal Supremo ha condannato l'ex vicepresidente alla pena di tredici anni di reclusione per il reato di sedizione. Nel

¹⁷ M. Cecili, *Puigdemont candidabile per le Europee. I “rivoluzionari catalani” all'assalto delle istituzioni spagnole ed europee*, in *www.diritticomparati.it*, 24 maggio 2019.

caso in esame, oltre alla mancata proclamazione, dovuta all'impossibilità di giurare sulla Costituzione di fronte alla *Junta Electoral Central*, si pongono una serie di questioni derivanti dallo stato detentivo di Junqueras e al rapporto con l'immunità parlamentare degli eurodeputati.

Il Tribunale Supremo, dinanzi al quale pendeva il procedimento penale per ribellione e sedizione, a seguito della richiesta di un permesso straordinario di uscita dal carcere per permettere a Junqueras di prestare giuramento, ha proposto un rinvio pregiudiziale di interpretazione avente ad oggetto i limiti dell'immunità parlamentare europea. Riassunto il quadro fattuale, il giudice rimettente si sofferma sulla ricostruzione dell'assetto normativo in tale ambito. L'art. 9 del Protocollo n. 7 allegato al TFUE afferma che agli eurodeputati, per la durata delle sessioni del Parlamento europeo, è riconosciuta sul territorio nazionale la stessa immunità dei parlamentari del Paese di elezione. Invece, nel territorio degli altri Stati membri l'immunità è assoluta ed esenta i parlamentari da qualsiasi tipo di detenzione e di procedimento giudiziario. Il comma 2 dell'art. 7 si preoccupa poi di specificare che «L'immunità li copre anche quando essi si recano al luogo di riunione del Parlamento europeo o ne ritornano», ferma restando la potestà del Parlamento europeo di revocare l'immunità di uno dei propri membri. A livello nazionale l'immunità parlamentare è disciplinata dall'art. 71 comma 2 della Costituzione, a norma del quale durante il periodo del loro mandato deputati e senatori godono dell'immunità e potranno solamente essere detenuti in caso di flagrante reato, non potendo essere incriminati o processati se non previa autorizzazione delle rispettive Camere. Il comma 3 individua nella Sezione penale del Tribunale Supremo il foro speciale cui spetta la competenza a giudicare dei reati dei parlamentari.

Ciò premesso, il giudice rimettente illustra il nesso di pregiudizialità con il processo pendente dinanzi a sé: al fine di risolvere il rilascio o il diniego del permesso penitenziario all'imputato, eletto eurodeputato in una situazione di detenzione preventiva, è imprescindibile conoscere l'ambito di efficacia delle prerogative di cui all'articolo 9 del Protocollo n. 7, con particolare riferimento al citato comma 2. In particolare, secondo il giudice spagnolo si tratterebbe di risolvere la questione del momento in cui si consolida lo status di parlamentare, decisione che condiziona il rilascio del permesso penitenziario straordinario¹⁸.

Nonostante questa norma sia stata analizzata in varie sentenze della Corte di Giustizia, la sua dimensione temporale e il suo contenuto soggettivo e oggettivo devono ancora essere chiariti. La Corte di Giustizia ha già affermato espressamente la propria competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale sul citato art. 9 del Protocollo sui privilegi e sulle immunità¹⁹, ribadendo che qualsiasi richiesta di revoca dell'immunità rivolta al Parlamento europeo non la priva della competenza a risolvere la questione sollevata²⁰. La giurisprudenza comunitaria ha

¹⁸ Tribunal Supremo di Madrid, II Sezione, ricorso 20907/2017, ordinanza del 1 luglio 2019, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza del 12 maggio 1964 (C-101/63).

²⁰ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza del 10 luglio 1986 (C-149/85).

chiarito che l'espressione contenuta in tale articolo 9 (ex articolo 10) “mentre l'Assemblea è in sessione”, riferita al campo di applicazione temporale dell'immunità, si riferisce espressamente alla sessione del Parlamento europeo. Ne consegue che ogni riferimento alla legislazione nazionale per l'interpretazione di questo concetto sarebbe incompatibile non solo con il testo del Protocollo, ma anche con lo scopo della disposizione, la cui funzione è garantire l'immunità, per lo stesso periodo, a tutti i membri del Parlamento europeo, indipendentemente dalla loro nazionalità. Dunque, secondo il giudice rimettente, supportato dalla giurisprudenza comunitaria, la durata delle sessioni del Parlamento europeo deve essere valutata esclusivamente alla luce del diritto comunitario²¹.

Tuttavia, ciò non chiarisce quale sia il regime giuridico vigente nelle situazioni precedenti l'inizio delle sessioni, né se l'immunità possa applicarsi ai deputati eletti e non proclamati. In merito a quest'ultimo punto vi sono opinioni divergenti: secondo il parere dell'on. Donnez, formulato nel 1985 per la Commissione giuridica e per i diritti civili in occasione del progetto di revisione del Protocollo n. 7, l'immunità potrebbe produrre i propri effetti dalla proclamazione dell'elezione e cessare al termine del mandato del deputato. Secondo il giudice spagnolo, invece, l'interpretazione letterale del citato art. 9 giustifica l'applicazione di un criterio temporale ristretto. A supporto vengono invocati l'art. 3 del Regolamento interno del Parlamento europeo, a norma del quale l'assegnazione dei seggi ha luogo «dall'apertura della prima seduta dopo le elezioni» e l'articolo 4, il quale stabilisce che il mandato inizia, conformemente all'articolo 5 dell'Atto del 1976, con l'apertura della prima seduta dopo ogni elezione, fissata a norma dell'art. 146, comma 2, del Regolamento interno al Parlamento europeo. Per il giudice rimettente anche l'interpretazione teleologica condurrebbe a questa conclusione: poiché le norme sulle immunità tenderebbero a garantire protezione al Parlamento europeo in quanto istituzione, fintantoché esso non si riunisce dando avvio alle proprie attività, non vi sarebbe ragione per assicurare tale privilegio²². Al fine di rafforzarla propria tesi, il Tribunale Supremo adduce un argomento ulteriore: posto che, nella prospettiva della Corte di Giustizia, fatta propria dal giudice spagnolo, il Parlamento europeo non avrebbe alcuna autonomia nel valutare la proclamazione dei candidati eletti effettuata dai singoli Stati membri sulla base delle rispettive normative nazionali, l'immunità parlamentare dovrebbe essere agganciata alla proclamazione e all'invio della lista dei nominativi a Strasburgo, momento a partire gli eurodeputati entrano ufficialmente a far parte dell'Assemblea²³. Il giudice spagnolo ammette, poi, le difficoltà che potrebbero prodursi seguendo tale interpretazione, inclusa la possibilità che un eurodeputato eletto ma non proclamato possa essere soggetto a restrizioni della libertà personale. Tuttavia, vengono richiamati altri interessi

²¹ Tribunal Supremo di Madrid, II Sezione, ricorso 20907/2017, ordinanza del 1 luglio 2019, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

²² Tribunal Supremo di Madrid, II Sezione, ricorso 20907/2017, ordinanza del 1 luglio 2019, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

²³ Tribunal Supremo di Madrid, II Sezione, ricorso 20907/2017, ordinanza del 1 luglio 2019, punto 4.4 del *Considerato in diritto*.

costituzionali da porre in bilanciamento con l'immunità parlamentare, quali la buona amministrazione della giustizia e l'esigenza di non pregiudicare l'esito del processo penale, che verrebbero frustrati qualora tale garanzia venisse accordata all'eletto già in stato di custodia cautelare, a quel punto legittimato a chiedere la scarcerazione in applicazione dell'art. 71, comma 2, della Costituzione spagnola²⁴. Tale conclusione, come si avrà modo di approfondire nel paragrafo successivo, appare tutt'altro che scontata, dal momento che anche l'ordinamento spagnolo ammette la possibilità che un parlamentare possa essere detenuto previa autorizzazione della Camera di appartenenza.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il Tribunale Supremo ritiene che l'immunità prevista dall'articolo 9 del protocollo n. 7 non operi fino all'insediamento del deputato, non essendo sufficiente la sola elezione. Secondo il giudice rimettente non esiste tuttavia una pronuncia esplicita sul campo di applicazione temporale (estensione al momento precedente delle sedute), soggettivo (estensione ai rappresentanti eletti) e oggettivo (estensione dell'espressione "quando si dirigono") dell'art. 9. Non è quindi possibile dedurre la soluzione ermeneutica dal dettato della disposizione, né dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁵.

Queste, in definitiva, le questioni sollevate dal Tribunale Supremo:

1. La prima questione riguarda la portata soggettiva della dell'articolo 9 del protocollo n. 7 e, in particolare, se esso si applichi prima dell'inizio della sessione parlamentare, al candidato eletto ma non ancora proclamato in applicazione della normativa nazionale, cui rinvia l'art. 8 dell'Atto del 1976.

2. In caso di risposta affermativa alla prima questione, il giudice rimettente si chiede se tale interpretazione estensiva del termine "sessione parlamentare" si applichi anche a chi, come nel caso dell'ex vicepresidente Junqueras, è stato eletto ma non proclamato dalla *Junta Electoral Central*, in applicazione dei requisiti stabiliti dalla legge elettorale spagnola.

3. Se la risposta fosse positiva anche per il secondo dubbio, nel caso in cui il parlamentare eletto ma non proclamato si trovasse in una situazione di detenzione provvisoria per reati gravi da prima dell'inizio del procedimento elettorale, l'autorità giudiziaria nazionale sarebbe obbligata, in considerazione dell'espressione "quando si recano o ritornano dal luogo di riunione del Parlamento europeo" di cui all'art. 9 del protocollo n. 7, a revocare la custodia cautelare in termini assoluti, quasi automaticamente, per consentire lo svolgimento della funzione parlamentare ed il conseguente viaggio verso il Parlamento europeo? Ovvero troverebbe applicazione un criterio elastico di ponderazione, nel caso specifico, tra i diritti e gli interessi della giustizia e del giusto processo e la garanzia dell'immunità parlamentare, tale per cui la revoca della custodia cautelare non opererebbe automaticamente?

²⁴ Tribunal Supremo di Madrid, II Sezione, ricorso 20907/2017, ordinanza del 1 luglio 2019, punto 4.5 del *Considerato in diritto*.

²⁵ Tribunal Supremo di Madrid, II Sezione, ricorso 20907/2017, ordinanza del 1 luglio 2019, punto 4.6 del *Considerato in diritto*.

3.1 Alcune osservazioni critiche sul *dies a quo* dell'immunità parlamentare degli eurodeputati

Il rinvio pregiudiziale di interpretazione sollevato dal Tribunal Supremo ruota attorno alla questione del termine iniziale a partire dal quale si acquista la qualità di eurodeputato e, conseguentemente, la correlata immunità parlamentare. Nonostante il giudice rimettente individui tale momento nel giuramento sulla Costituzione spagnola di fronte alla *Junta Electoral Central*, tale soluzione non appare obbligata essendovi fondate ragioni per ritenere la questione tutt'altro che pacifica.

Come si è avuto modo di specificare, l'art. 12 dell'Atto del 1976 afferma che il Parlamento europeo «prende atto dei risultati proclamati ufficialmente dagli Stati membri»: per comprendere da quale momento si acquista la carica di eurodeputato è anzitutto necessario richiamare la disciplina elettorale spagnola. L'art. 224, comma 1, della LOREG, dopo aver enunciato i compiti spettanti alla *Junta Electoral Central* successivamente alle elezioni, stabilisce che essa procede alla proclamazione degli eletti²⁶, momento a partire dal quale decorre il termine di cinque giorni entro cui deve avvenire il giuramento sulla Costituzione spagnola. È da notare che l'art. 21 del Regolamento generale del Congresso dei deputati aggancia la nascita delle immunità parlamentari al momento della proclamazione, e non del giuramento né, tantomeno, della successiva verifica dei poteri svolta dal Parlamento²⁷. Dal momento che le norme europee stabiliscono da un lato che il Parlamento europeo può soltanto prendere atto dei risultati proclamati negli Stati membri e, dall'altro, che nei singoli Stati membri l'europarlamentare gode della medesima immunità accordata ai parlamentari di quello Stato, non si vede alcuna ragione in base alla quale per i parlamentari europei eletti in Catalogna dovrebbe applicarsi un regime differente.

Anche il Parlamento europeo – nella prassi e nei documenti redatti dal Servizio Affari legali – e la giurisprudenza della Corte di Giustizia si sono più volte interrogati sull'efficacia temporale dell'immunità parlamentare. Anzitutto, in due pronunce del 1964²⁸ e del 1986²⁹ la Corte ha chiarito che il riferimento alla durata delle sessioni di cui all'art. 10 del Protocollo sui privilegi e le immunità, periodo durante quale vige l'immunità parlamentare, in combinato disposto con l'art. 8 del Regolamento interno del Parlamento europeo, copre interamente i dodici mesi nei quali si svolge la sessione parlamentare. Alla luce della prassi per cui la sessione successiva ha inizio il giorno dopo a quello in cui è terminata la precedente, si può

²⁶ La Junta Electoral Central procederá, no más tarde del vigésimo día posterior a las elecciones, al recuento de los votos a nivel nacional, a la atribución de escaños correspondientes a cada una de las candidaturas y a la proclamación de electos.

²⁷ Los derechos y prerrogativas serán efectivos desde el momento mismo en que el Diputado sea proclamado electo. Sin embargo, celebradas tres sesiones plenarias sin que el Diputado adquiera la condición de tal, conforme al apartado precedente, no tendrá derechos ni prerrogativas hasta que dicha adquisición se produzca.

²⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 12 maggio 1964, Wagner v. Fohrmann and Krier (C-101/63).

²⁹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 10 luglio 1986, Wybot v. Faure, (C-149/85).

ritenere che l'immunità trovi applicazione per l'intera durata della legislatura europea³⁰. Inoltre, secondo la Corte il riferimento alla durata delle sessioni del Parlamento europeo deve essere interpretato solo ed esclusivamente alla luce del diritto comunitario, essendo ogni riferimento al diritto nazionale incompatibile con la lettera e con lo spirito del Protocollo sui privilegi e le immunità. La prassi ha poi riconosciuto che l'immunità parlamentare si applica anche ai fatti commessi prima dell'inizio del mandato – pur restando ferma la possibilità che essa venga autonomamente revocata – poiché ai fini della tutela dei principi di indipendenza e buon funzionamento del Parlamento europeo, cui l'istituto in esame è funzionale, poco rileva che il fatto sia stato commesso prima o dopo l'inizio del mandato³¹.

Le considerazioni sopra svolte, tuttavia, non aiutano ad individuare il momento a partire dal quale l'immunità parlamentare è efficace rispetto al singolo eletto. A questo fine, risultano di particolare interesse talune osservazioni contenute nella relazione che l'on. Francois Zimmeray trasmise alla Commissione per gli Affari legali ed il mercato interno in occasione della valutazione della revoca dell'immunità parlamentare dell'eurodeputato italiano Francesco Musotto³². Secondo una prima interpretazione, l'immunità di cui all'art. 8 del Protocollo sarebbe applicabile a partire dalla prima riunione utile del Parlamento europeo: la tesi troverebbe supporto nel combinato disposto tra l'art. 9 citato con gli artt. 3 (art. 5 nella versione attualmente vigente) dell'Atto del 1976³³, 8 comma 1 e 10 (art. 4, comma 1, della versione attualmente vigente) del Regolamento interno del Parlamento europeo³⁴. Tale interpretazione sarebbe supportata anche dal punto di vista teleologico, in quanto gli artt. 9 e 10 del Protocollo mirano a tutelare il funzionamento del Parlamento europeo, il quale non inizia i propri lavori se non con la prima riunione dopo le elezioni. La relazione Zimmeray propone una seconda interpretazione dell'art. 9, in forza della quale l'immunità parlamentare decorrerebbe dalla proclamazione dell'elezione fino al termine del mandato. Tuttavia, essa viene scartata sulla base dell'interpretazione letterale dell'art. 5

³⁰ European Parliament – Directorate General for research, *Parliamentary immunity in the Member States of the European Union and in the European Parliament*, luglio 1999, p. 176 e ss.; European Parliament, Directorate General for Internal Affairs, *The immunity of members of the European Parliament*, PE 509.981, p. 20.

³¹ Report on the request for upholding of the immunity and privileges of Mr Francesco Musotto (2002/2201(IMM) RR\501955EN.doc PE 332.549), p. 12; European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, *Parliamentary immunity in the European Parliament*, IPOL/C/JURI/NOTE/2005/4/a, p. 7; European Parliament, Directorate General for Internal Affairs, *The immunity of members of the European Parliament*, PE 509.981, p. 20.

³² Report on the request for upholding of the immunity and privileges of Mr Francesco Musotto (2002/2201(IMM) RR\501955EN.doc PE 332.549).

³³ «Il periodo quinquennale per cui sono eletti i membri del Parlamento europeo inizia con l'apertura della prima sessione tenuta dopo ciascuna elezione.

Esso può essere prolungato o abbreviato in applicazione dell'articolo 10, paragrafo 2, secondo comma.

Il mandato di ogni membro del Parlamento europeo inizia e scade contemporaneamente al periodo di cui al paragrafo 1».

³⁴ L'inizio e il termine del mandato sono determinati a norma degli articoli 5 e 13 dell'Atto del 20 settembre 1976.

dell'Atto del 1976, che collegherebbe l'inizio del mandato parlamentare alla prima riunione del Parlamento europeo. Una variante di tale tesi differenzia il regime applicabile agli eurodeputati a seconda che essi siano stati o meno parte della precedente legislatura europea: i primi godrebbero dell'immunità parlamentare anche prima della riunione delle nuove Camere; i secondi soltanto dopo. L'approdo interpretativo cui giunge il rapporto Zimeray è di escludere l'applicabilità al caso di specie dell'art. 9 (art. 8 nella versione vigente³⁵) del Protocollo in quanto sarebbero insussistenti le condizioni ivi previste, in favore del successivo art. 10 (attualmente art. 9), il quale rinvia alla disciplina sulle immunità parlamentari applicabile nel singolo Stato membro³⁶, nel caso di specie l'art. 68 della Costituzione italiana. Dal momento che la disciplina nazionale tutelerebbe il parlamentare sin dalla proclamazione e non dalla prima riunione delle nuove Camere, la relazione chiede di confermare l'immunità parlamentare dell'on. Musotto.

È da evidenziare che tale soluzione discende esclusivamente dall'applicazione della normativa italiana cui l'art. 9 fa rinvio, non sussistendo sul punto una specifica disposizione di origine sovranazionale né, tantomeno, precedenti significativi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Conseguentemente, nella relazione si richiama l'esigenza di dotare l'Unione europea di una disciplina uniforme in materia di immunità parlamentare, in quanto in taluni Stati membri essa trova applicazione dal momento della proclamazione, in altri solo a partire dalla prima riunione del Parlamento eletto. Il relatore propende nettamente per la prima delle due soluzioni, in quanto ciò assicurerebbe una piena tutela agli eletti sin dalla diffusione dei risultati elettorali contro ogni possibile iniziativa persecutoria.

Non appare condivisibile, invece, il richiamo all'art. 5 dell'Atto del 1976, cui fa rinvio anche l'art. 4, comma 1, del Regolamento interno del Parlamento europeo, come argomento a supporto della decorrenza della immunità parlamentare soltanto a partire dalla prima riunione³⁷, accolto anche dal Tribunale Supremo³⁸: la disposizione citata si limita, infatti, ad indicare un termine temporale omogeneo a partire dal quale calcolare la durata quinquennale del mandato parlamentare. D'altro canto, essa risponde alla necessità pratica di individuare un momento unitario per il calcolo della durata della legislatura europea, in ragione del fatto

³⁵ «I membri del Parlamento europeo non possono essere ricercati, detenuti o perseguiti a motivo delle opinioni o dei voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni».

³⁶ «Per la durata delle sessioni del Parlamento europeo, i membri di esso beneficiano: a) sul territorio nazionale, delle immunità riconosciute ai membri del parlamento del loro paese, b) sul territorio di ogni altro Stato membro, dell'esenzione da ogni provvedimento di detenzione e da ogni procedimento giudiziario. L'immunità li copre anche quando essi si recano al luogo di riunione del Parlamento europeo o ne ritornano. L'immunità non può essere invocata nel caso di flagrante delitto e non può inoltre pregiudicare il diritto del Parlamento europeo di togliere l'immunità ad uno dei suoi membri».

³⁷ Cfr. M. Caveró Gómez, *La inmunidad de los diputados en el Parlamento Europeo (Immunity of the Members of the European Parliament)*, in *Revista de las Cortes Generales (Review of the Spanish Parliament)*, n. 2/1990, p. 16-17.

³⁸ Tribunal Supremo di Madrid, II Sezione, ricorso 20907/2017, ordinanza del 1 luglio 2019, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

che le elezioni per il Parlamento europeo avvengono in un arco temporale di tre o quattro giorni, diversi per ciascuno degli Stati membri, i quali, a loro volta, si differenziano per la diversità dei tempi dello spoglio dei voti e della pubblicazione dei risultati elettorali: ciò non significa, tuttavia, che alcune prerogative parlamentari non possano trovare applicazione sin dal momento della elezione. Quest'ultima conclusione sembra trovare supporto anche nella lettera dell'art. 9, comma 2, del Protocollo laddove prevede che l'immunità tuteli l'europarlamentare quando si reca al luogo di riunione del Parlamento: è chiaro che in occasione della prima riunione l'immunità produrrà i propri effetti antecedentemente alla stessa, già durante il viaggio del deputato verso l'Europarlamento. Inoltre, come specificato dal Parlamento e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, trattandosi di immunità diretta a tutelare il buon funzionamento dell'organo parlamentare, è ragionevole ritenere che essa operi sin dal momento della pubblicazione dei risultati elettorali, in quanto una limitazione della libertà personale degli eurodeputati appena eletti comprometterebbe ugualmente il funzionamento dell'assemblea parlamentare che, tra le varie conseguenze, non potrebbe riunirsi nel *plenum*. Infatti, a partire dal 1987 i report elaborati inizialmente dalla Commissione per gli affari legali ed i diritti dei cittadini e, successivamente, dalla Commissione sul regolamento, la verifica dei poteri e le immunità, hanno costantemente sostenuto che le immunità parlamentari operano dal momento della proclamazione dell'elezione e per tutta la durata del mandato parlamentare³⁹.

Essendovi, dunque, più che fondate ragioni per ritenere che l'immunità parlamentare sia efficace sin dal momento della pubblicazione dei risultati elettorali, occorre analizzare quali riflessi ciò produrrebbe sulla situazione di detenzione dell'ex vicepresidente Junqueras, eletto al Parlamento europeo lo scorso 26 maggio. Per le ragioni illustrate nel paragrafo precedente, riferibili anche al caso in esame, l'obbligo di prestare giuramento sulla Costituzione spagnola al fine di completare il procedimento elettorale risulta irragionevole e lesivo della parità di trattamento dei cittadini dell'Unione europea. Di conseguenza, è da ritenere che anche in questo caso l'elezione si sia perfezionata con la pubblicazione dei risultati elettorali. Nella situazione in esame, sembra corretto ritenere che l'immunità produca già i propri effetti e, di conseguenza, tanto Junqueras che Puigdemont e Comín possano beneficiare di tale garanzia. Pur trattandosi di fatti commessi antecedentemente al momento del voto, dai quali è discesa la disposizione di una misura cautelare – eseguita soltanto nel caso di Junqueras – ciò non fa venire meno l'efficacia di tale garanzia, in quanto la privazione della libertà di tre eurodeputati andrebbe ad alterare il buon funzionamento del Parlamento europeo, valore tutelato dall'istituto in esame.

Trattandosi di un procedimento penale instaurato all'interno dello Stato membro di elezione dei tre eurodeputati, a norma dell'art. 9 del Protocollo sui

³⁹ Cfr. European Parliament – Directorate General for research, Parliamentary immunity in the Member States of the European Union and in the European Parliament, luglio 1999, p. 176; European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Parliamentary immunity in the European Parliament, IPOL/C/JURI/NOTE/2005/4/a, p. 7.

privilegi e le immunità essi godono «delle immunità riconosciute ai membri del parlamento del loro paese». Secondo il dettato del già citato art. 7, comma 2, della Costituzione spagnola, «durante il periodo del loro mandato i Deputati e Senatori godranno altresì dell'immunità e potranno solamente essere detenuti in caso di flagrante reato. Non potranno essere incriminati né processati se non previa autorizzazione delle rispettive Camere». Tale disposizione apparentemente conferisce ai parlamentari spagnoli una immunità dagli arresti pressoché assoluta. In realtà, l'art. 21, comma 1, n.1 del Regolamento del Congresso dei deputati⁴⁰, nel disciplinare le cause di sospensione del mandato parlamentare menziona esplicitamente l'ipotesi in cui, concessa l'autorizzazione a procedere dal Congresso, il deputato sia sottoposto ad una misura cautelare custodiale. L'art. 71 della Costituzione spagnola pare debba essere inteso, dunque, come tutela per il parlamentare nei confronti di limitazioni della libertà personale disposte dall'autorità di pubblica sicurezza – tant'è che l'arresto in flagranza di reato rimane possibile – e non nei confronti delle misure cautelari ordinate dal giudice, eseguibili dopo l'autorizzazione della Camera di appartenenza. Infatti, il mandato parlamentare dell'ex vicepresidente Junqueras, eletto al Congresso dei deputati in occasione delle ultime elezioni politiche del 28 aprile 2019, è stato immediatamente sospeso dalla Mesa del Congresso – organo corrispondente all'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati – a causa dello stato di detenzione cautelare in cui versa. In questo caso, il Tribunal Supremo dapprima ha concesso all'eletto un permesso straordinario per recarsi di fronte alla *Junta Electoral Central* per prestare giuramento sulla Costituzione spagnola e, successivamente, il Congresso, non appena insediatosi, ha sospeso il mandato parlamentare. In occasione delle successive elezioni del 10 novembre scorso, Junqueras, dapprima candidato come capolista di Esquerra Republicana de Catalunya, veniva successivamente escluso dalla competizione elettorale in applicazione dell'art. 384 bis della Ley de Enjuiciamiento Criminal, che prevede la sospensione automatica da qualsiasi carica pubblica per coloro che siano indagati per i reati di banda armata, terrorismo o ribellione, per tutta la durata dello stato di custodia cautelare in carcere. La sentenza del Tribunal Supremo del 14 ottobre, notificata il 30 ottobre, escludeva i reati sopra citati, condannando Junqueras e gli altri coimputati per il meno grave reato di sedizione. Inoltre, l'esecutività della pena accessoria dell'interdizione da qualsiasi ufficio veniva sospesa, in attesa della decisione della Corte di Lussemburgo sull'immunità discendente dallo status di parlamentare europeo.

La parola spetta ora alla Corte di giustizia. Tuttavia, alcuni punti fermi possono essere individuati in questa sede. Anzitutto, dovendosi ritenere compiuto il procedimento elettorale, la strada più corretta sembra essere quella di devolvere la questione dell'immunità al Parlamento europeo. Come si è avuto modo di

⁴⁰ Art. 21: 1. Il Deputato sarà sospeso dai suoi diritti e doveri parlamentari: 1. Nei casi in cui ciò sia previsto, in applicazione delle norme di disciplina parlamentare stabilite nel presente Regolamento. 2. Quando, dopo la concessione da parte della Camera dell'autorizzazione oggetto di una richiesta di autorizzazione a procedere ed emanata l'ordinanza di rinvio a giudizio, si trovi in condizione di carcerazione preventiva e per la durata di questa.

analizzare nel rapporto Zimeray, relativo alla revoca dell'immunità parlamentare dell'on. Musotto, il Parlamento europeo, in mancanza di una specifica disciplina comune in materia, ha fatto riferimento alla normativa nazionale, conclusione che trova supporto anche nel dato letterale dell'art. 10 del Protocollo sui privilegi e le immunità. A seguito delle elezioni politiche spagnole del 28 aprile scorso, il Congresso dei deputati si è pronunciato sulla immunità di Junqueras, optando per la sospensione del mandato parlamentare. Tale soluzione sembra applicabile anche nel caso che qui ci occupa: trattandosi di una misura cautelare legittima al tempo della sua adozione ed essendo l'immunità subentrata soltanto successivamente, essa non produrrebbe automaticamente i propri effetti, rendendosi necessaria l'intermediazione del Parlamento europeo che dovrà valutare il contrasto tra la custodia cautelare e l'esercizio del mandato parlamentare, indicando eventualmente il modo in cui bilanciare i principi in gioco.

4. La necessità di una normativa elettorale uniforme ad ampio spettro

Ad essere completamente trascurata tanto nell'ordinanza di rigetto delle misure cautelari della Corte di Giustizia quanto nel rinvio pregiudiziale del giudice spagnolo è la dimensione della rappresentanza politica europea, non essendo mai nominate né la lesione del diritto di elettorato attivo e passivo che deriverebbe dall'applicazione della normativa elettorale spagnola, né la potestà del Parlamento europeo di compiere la verifica dei poteri dei propri componenti. Il Tribunale Supremo, in particolare, prima ancora che sul perimetro applicativo dell'immunità parlamentare, avrebbe dovuto sollevare un rinvio pregiudiziale sulla validità delle disposizioni nazionali che prevedono il giuramento sulla Costituzione per completare il procedimento elettorale, tema accuratamente evitato nell'ordinanza.

Le vicende analizzate in questo contributo dimostrano come l'introduzione di una normativa elettorale uniforme sia una esigenza insopprimibile⁴¹. Ciò non vale soltanto per la formula elettorale o le modalità di selezione dei candidati: anche disposizioni marginali, quali la norma spagnola che impone il giuramento sulla Costituzione per gli eurodeputati, possono produrre effetti notevoli sulla rappresentanza politica. Pertanto, l'uniformazione delle normative nazionali dovrà riguardare ad ampio spettro il procedimento elettorale, coinvolgendo anche le regole sul contenzioso e la verifica dei poteri. A questo fine, una maggiore omogeneità consentirebbe di affidare più facilmente al Parlamento europeo la verifica delle credenziali dei propri componenti e renderebbe più agevole l'individuazione di un giudice unico a livello sovranazionale cui presentare

⁴¹ Cfr. G. E. Vigevari, *Parlamento europeo: una nuova procedura elettorale uniforme*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1/2003, 175 e ss.; A. Razza, *Liste transnazionali e procedura elettorale uniforme: verso una «legge elettorale europea»*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4/2013; A. Ciancio, *A New Uniform Electoral Procedure to Re-Legitimize the Process of Political Integration in Europe. About the EU Parliament Resolution of 11 November 2015 on the Reform of the 1976 Electoral Act*, in *federalismi.it*, n. 23/2015; G. Cavaggion, *La nuova «legge elettorale europea»*, in *Centro studi sul federalismo*, febbraio 2016; L. Pelucchini, *La risoluzione 2035/2015 del Parlamento europeo: fare gli europei per fare l'Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna n. 6/2016; A. Cossiri, *Partiti e rappresentanza politica nella dimensione interna e sovranazionale*, Milano, 2018, 263 e ss.

eventuali reclami contro le decisioni del Parlamento europeo o delle autorità nazionali. Oltre alle cause di incompatibilità già dettate dai Trattati, si potrebbe affiancare anche una normativa sulle incandidabilità a livello sovranazionale, in cui potrebbero eventualmente trovare disciplina casi come quello dei tre eurodeputati catalani sotto processo per gravi reati, due dei quali candidati in stato di latitanza.

Il punto focale della questione è da individuare nel bilanciamento tra la sovranità popolare espressa attraverso il voto e applicazione della normativa in materia di verifica dei poteri: prevale la volontà dei cittadini espressa tramite il suffragio universale o la normativa nazionale cui le norme europee rinviano? Questa è, nella sostanza, il quesito cui la Corte di Giustizia dovrà rispondere. Entrambe le decisioni – quella sul ricorso di Puigdemont e Comin e sul rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale Supremo spagnolo – sono destinate a scrivere una pagina importante del diritto parlamentare e della rappresentanza politica a livello europeo.

Di fronte al dato letterale delle disposizioni e ad alcuni precedenti giurisprudenziali che sembrano indicare come unica strada che il Parlamento europeo prenda atto della mancata proclamazione dei tre eurodeputati, è necessario senza dubbio uno sforzo interpretativo di tipo sistematico in capo alla Corte di Giustizia. Le norme sulla verifica dei poteri partecipano alla funzione di legittimazione dell'ordinamento, attestando la regolarità dell'atto elettivo e certificando la permanenza dei requisiti per il mantenimento della carica rappresentativa, concorrendo, in ultima analisi, all'inveramento della sovranità popolare: i giudici del Lussemburgo non potranno non tenere conto di tale aspetto nel momento in cui saranno chiamati ad interpretarle.

Sul (possibile) utilizzo della CEDU come argine alle sistemiche violazioni dello Stato di diritto

di Simone Gianello

Abstract: On the (possible) use of the ECHR as a bulwark against systemic violations of the rule of law – Starting from the current crisis of democracy and the rule of law in a few European countries and by the weak response of the European Union institutions, the article tries to analyze how the European Convention on Human Rights – in particular articles 17 and 18 ECHR – can be used as instruments to protect these fundamental values from the threats of the new illiberal democracies.

Keywords: Rule of law backsliding; European Union; European Convention on Human Rights; Art. 17 ECHR; Art. 18 ECHR.

2373

1. Diverse definizioni a fronte di un fenomeno dai tratti comuni

Nel corso degli ultimi anni l'Unione europea è stata attraversata dall'emersione di un fenomeno "critico" che, sebbene manifestatosi sotto sembianze polimorfe, ha progressivamente tradito una certa tendenza alla tipizzazione entro gli schemi di ciò che può essere generalmente definito come indebolimento delle garanzie dello Stato di diritto e dei canoni del costituzionalismo occidentale su cui, a partire dal secondo dopoguerra, si sono erette le moderne democrazie.

Se Polonia e Ungheria sono assunte a paradigma di riferimento sul piano quantitativo e qualitativo degli interventi istituzionali a tal fine indirizzati¹, non sono mancati segnali assimilabili provenienti da altri componenti del *Gruppo di Visegrad*, così da Romania e Bulgaria. Processi trasformativi che agiscono alle fondamenta dell'ordinamento giuridico, generando e accompagnandosi ad un ampio consenso elettorale «che parte dai 'rami alti' e si estende al diritto legislativo in numerosi ambiti, all'insegna di un programma di politica costituzionale che i suoi stessi ispiratori hanno qualificato in termini di mutazione rivoluzionaria»². Alterazioni collocate al centro dell'agenda politica che si differenziano, nel loro approccio sedimentativo, dai tratti drammaticamente netti delle regressioni

¹ Cfr. F. Casolari, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in *DPCE Online*, 4/2016, 135 ss.; A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *DPCE Online*, 4/2016, 175 ss.

² G. Delledonne, *Crisi costituzionali nazionali e difesa dei valori dell'UE: come risolvere l'impasse*, in *Percorsi Costituzionali*, 3/2016, 409.

autoritarie del passato. Diversamente, come autorevoli voci della dottrina hanno pregevolmente sottolineato, oggi si assiste a più graduali forme di «constitutional retrogression»³, «democratic [or rule of law] backsliding»⁴ e «abusive constitutionalism»⁵.

Si tratta, in altre parole, di involuzioni ad un più elevato livello di sofisticazione che agiscono in via incrementale, sovente mediante l'impiego di strumenti normativi di rango costituzionale e primario⁷, in aderenza ad una concezione prevalentemente – ove non esclusivamente – formalistica della legalità costituzionale, intesa come rispetto delle procedure deliberative, ma non anche sostanziale ove ci si approcci all'azione di riforma in chiave olistica e valoriale. Sotto questo profilo, al contrario, è palpabile la prevalenza di un'idea di *costituzionalismo politico*⁸, considerato nella sua accezione più negativa, in cui ogni valore o principio di riferimento liberal-democratico diviene contestabile in funzione della regola imposta dalla maggioranza⁹. La Costituzione e la legge non operano più nella loro duplice funzione di fonte e limite dell'azione di governo, ma divengono strumenti privilegiati di legittimazione delle politiche di implementazione maggioritaria e scudo contro le “interferenze” sul versante sovranazionale.

Ciò produce un duplice ordine di conseguenze: internamente si assiste ad un sistematico indebolimento dei meccanismi di garanzia costituzionale da cui discende un altrettanto sensibile deterioramento del pluralismo politico ed informativo, dei diritti delle minoranze e delle libertà fondamentali¹⁰. Non solo gli organi preposti alla loro protezione – Corte costituzionale e potere giudiziario – sono sistematicamente soggetti ad attacchi volti ad indebolirne il ruolo di contropotere attraverso drastici ricambi di organico e riforme destinate a ridurre le attribuzioni e l'indipendenza dal potere politico. Vieppiù, la loro incidenza risulta limitata dalla strutturale sottoposizione alla Costituzione e alla legge che,

³ A.Z. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in 65 *UCLA L. Rev.* 78 (2018), 83-84.

⁴ L. Pech, K.L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19/2017, 10. Conf. A. Di Gregorio, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in *DPCE.it*, 17 settembre 2018.

⁵ N. Bermeo, *On Democratic Backsliding*, in *Journal of Democracy*, Vol. 27, no. 1/2016, 10-11.

⁶ D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in 47 *UC Davis Law Review* 189 (2013), 199. Sul punto si veda anche M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese: una democrazia dimezzata*, in *Questione giustizia*, 3/2012, 171, il quale utilizza il termine «democrazie di facciata» per riferirsi a quegli ordinamenti dove l'introduzione dei valori democratici è avvenuta in modo incompleto, tangenziale, giacché nella loro dinamica funzionale essi si caratterizzano per la mancata garanzia dei valori del pluralismo, delle minoranze, di un'effettiva libertà di informazione, con un accentramento del potere nelle mani dell'esecutivo senza un corrispondente riconoscimento dei diritti dell'opposizione.

⁷ Cfr. L. Pech, K.L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, cit. 26.

⁸ P. Blokker, *From legal to political constitutionalism?*, in *VerfBlog*, 4 June 2017 e G. Halmai, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in *Quad. Cost.*, 1/2017, 151 ss.

⁹ Sul punto, T. Boros, *Another Hungarian Constitutional Amendment: Smoke and Mirrors for the World*, in *www.fesbp.hu*, July 2013, 2.

¹⁰ Cfr. D. Kochenov, P. Bárdi, *The four elements of the Autocrats' Playbook*, in *VerfBlog*, 18 September 2018.

per le ragioni anzidette, vedono decurtata la loro effettiva capacità di porsi a protezione dei principi dello Stato di diritto.

Esternamente, si assiste all'affrancamento dei valori proclamati dall'art. 2 TUE, a norma del quale l'Unione si fonda sul «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze [...] valori [...] comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Principi che a loro volta si legano indissolubilmente con il rispetto dello Stato di diritto – richiamato sin dalla sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Les Verts*¹¹ – che costituisce la «spina dorsale di ogni democrazia costituzionale moderna»¹², presupposto per la difesa dei diritti e degli obblighi derivanti dai Trattati e dal diritto internazionale, per la fiducia reciproca fra gli Stati membri e di tutti i cittadini verso le istituzioni dell'Unione¹³. Un concetto, quello dello Stato di diritto, richiamato anche nel preambolo della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea e in quello dello Statuto del Consiglio d'Europa¹⁴, che non assume valenza solamente formale alla stregua di un catalogo riepilogativo di meri requisiti procedurali. Al contrario, rappresentando un mezzo per la salvaguardia della democrazia e dei diritti fondamentali, spiega la sua rilevanza anche (soprattutto) sotto il profilo sostanziale, contenendo al suo interno «principi come la legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; la certezza del diritto; il divieto di esercizio arbitrario del potere esecutivo; una tutela giurisdizionale effettiva da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, e un controllo giurisdizionale effettivo anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; la separazione dei poteri; e l'uguaglianza davanti alla legge»¹⁵.

¹¹ Corte di Giustizia, *Les Verts*, causa 294/1983, 23 aprile 1986, p.to 23.

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, Strasburgo, 11 marzo 2014 COM(2014) 158, 1.

¹³ Concetto ribadito anche dalla Corte di Giustizia UE nel caso *LM*, causa C-216/18 PPU, 28 luglio 2018, p.to 35. Ciascuno Stato membro «condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'art. 2 TUE. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri nel riconoscimento di tali valori e, dunque, nel rispetto del diritto dell'Unione che li attua». Conf. Corte di Giustizia UE, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses/Tribunal de Contas*, causa C-64/16, 27 febbraio 2018, p.to 30.

¹⁴ Sulla portata definitoria della *rule of law* nella cornice del Consiglio d'Europa si vedano i pareri della Commissione di Venezia, *Report on the rule of law*, CLD-AD(2001)003, no. 521/2009, 4 aprile 2011 e il più recente *Rule of law checklist*, CDL-AD(2016)007, no. 711/2013, 18 marzo 2016.

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, Bruxelles, 3 aprile 2019, COM(2019) 163, 1 ss. Per un'analisi di più ampio respiro sul concetto di *rule of law* nel contesto dell'Unione europea, A. von Bogdandy, *Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace, in European Constitutional Law review*, 14/2018, 675 ss; L. Pech, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Jean Monnet Working Paper*, 04/09; nonché A. Magen, *Cracks in the Foundations: Understanding the Great rule of Law Debate in EU*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, No. 5/2016, 1050 ss.

1.1 La debole risposta dell'Unione europea

A questo smarcamento non ha sinora corrisposto una reazione altrettanto incisiva delle istituzioni di Bruxelles, almeno per quanto concerne il loro effettivo grado di efficacia. Da un lato, l'approccio giurisdizionale di cui alla procedura d'infrazione *ex art. 258 TFUE* si è dimostrato inappropriato a contrastare violazioni sistemiche. Sotto il profilo applicativo, la sua attivazione ad opera della Commissione è condizionata alla specifica inosservanza, da parte di uno Stato membro, di uno o più obblighi sullo stesso incombenti ed espressamente previsti da una specifica disposizione dei Trattati o dalla normativa di rango primario. Non solo, dunque, il procedimento *de quo* non è suscettibile di integrare azioni che possano esprimere un'efficacia preventiva al manifestarsi della violazione¹⁶, bensì il suo potenziale è aprioristicamente limitato *ratione materie* nel caso in cui si invochino violazioni della Carta dei Diritti Fondamentali giacché, ai sensi dell'art. 51 della stessa, le sue disposizioni si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione.

A ciò si aggiunga che la stessa Commissione ha sin qui offerto un'interpretazione stringente dell'art. 2 TUE, tale da escluderne la diretta invocabilità dinanzi alla Corte di Giustizia a causa della sua portata ampia e difficilmente tipizzabile¹⁷. Sebbene non siano mancate voci critiche volte a sostenere la possibilità di un suo utilizzo autonomo – ovvero in combinato con altre norme come l'art. 4, comma 3 TUE che postula il principio di leale collaborazione tra l'Unione e gli Stati membri – dinanzi a violazioni della *rule of*

¹⁶ M. Taborowski, *The Commission takes a step back in the fight for the Rule of Law*, in *VerfBlog*, 3 January 2018.

¹⁷ Cfr. S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. Cost.*, 2/2018, 301-302; M. Taborowski, *The European Commission launches Art. 7 TEU proceedings against Poland for breach of Rule of Law*, in *Quad. Cost.*, 1/2018, 242; D. Kochenov, L. Pech, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, 11/2015, 519-520.

law che presentino un carattere sistemico¹⁸, ad oggi questa possibilità non è stata ancora percorsa¹⁹.

Neppure lo strumento politico di cui all'art. 7 TUE, invocato dalla Commissione contro la Polonia²⁰ e dal Parlamento europeo contro l'Ungheria²¹ all'esito di un lungo percorso dialogico con limitati risultati tra le istituzioni comunitarie e i governi nazionali, ha prodotto fino ad ora gli effetti sperati²². Ciò assume specifico rilievo ove si pensi al caso della Polonia, nei confronti della quale la Commissione ha senza successo attivato preliminarmente il meccanismo di

¹⁸ L'idea di una procedura d'infrazione *sistemica* che unisca in una sola procedura più casi di infrazione è stata avanzata da K.L. Scheppele, *What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions* (<https://verfassungsblog.de/wp-content/uploads/2013/11/scheppele-systemic-infringement-action-brussels-version.pdf>). Anziché deferire uno Stato dinanzi alla Corte di Giustizia per singole violazioni del diritto europeo, «a systemic infringement action could put the various pieces of the puzzle together as a coherent whole under Article 2 TEU to enable the Commission to demonstrate that the specific issue (e.g. the lowering of the judicial retirement age) is connected to a larger pattern (e.g. a set of sudden changes to the way that judges are appointed, promoted, demoted and disciplined in Hungary). His set of legal changes could then be presented as evidence of a systemic threat to judicial independence which itself is a crucial component of the rule of law as protected by Article 2 TEU» (p. 4). Anche il Parlamento europeo, con la risoluzione (P8-TA 2016 – 0409) del 25 ottobre 2016 *Recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali* (2015/2254(INL)), nell'invocare un meccanismo di monitoraggio costante sottoforma di un accordo inter-istituzionale, ha evidenziato la possibilità di utilizzarne i resoconti annuali come base affinché la Commissione possa decidere di avviare una procedura di *infrazione sistemica* a norma dell'art. 2 TUE e dell'art. 258 TFUE, raggruppando le singole violazioni in un unico procedimento. Sulla creazione di una *Commissione di Copenhagen*, ovvero di un soggetto istituzionale *ad hoc* chiamato a sovrintendere al rispetto dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE, invece, si rimanda alla relazione del Parlamento UE - Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (cd. *Rapporto Tavares*), *Sulla situazione dei diritti fondamentali: norme e pratiche in Ungheria* (in applicazione della risoluzione del PE del 16 febbraio 2012 (2012/2130(INI)), 24 giugno 2013. In dottrina, sulla questione, J.W. Müller, *Protecting Democracy and the Rule of Law inside the EU, or: Why Europe Needs a Copenhagen Commission*, in *VerfBlog*, 13 March 2013 e M. Dani, *Opening the enforcement of EU fundamental values to European citizens*, in *VerfBlog*, 7 April 2013.

¹⁹ Non sono mancate proposte innovative attraverso cui far fronte ai limiti sinora richiamati come quella formulata dal cd. *Gruppo di Heidelberg*. L'art. 20 TFUE proibisce provvedimenti nazionali volti a privare i cittadini dell'Unione dell'effettivo godimento dei diritti che derivano loro dallo *status* di cittadini dell'Unione. Ciò significa che gli Stati membri restano autonomi nella protezione dei diritti fondamentali sino a che garantiscono gli standard essenziali di cui all'art. 2 TUE. Dunque, in presenza di violazioni sistemiche che incidano sugli stessi dovrebbe potersi darsi facoltà ai singoli di adire direttamente i giudici nazionali in cerca di adeguata tutela. Per approfondimenti, A. von Bogdandy, C. Antpöhler, M. Ioannidis, *Protecting EU values. Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, in *Max Planck Institute Research Paper Series*, 04/2016.

²⁰ Il testo della *Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1 del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia* del 20 dicembre 2017 è reperibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0835>.

²¹ La proposta *Recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione* votata in data 12 settembre 2018 è reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0340+0+DOC+XML+V0//IT#BKMD-10>.

²² G. Halmai, *How the EU can and should cope with illiberal Member States*, in *Quad. Cost.*, 2/2018, 313 ss.

dialogo strutturato (cd. *Rule of law Framework*) appositamente introdotto nel 2014 e finalizzato a fronteggiare la presenza di minacce sistemiche allo Stato di diritto ad uno stadio in cui non sussistano ancora le condizioni per l'applicazione dell'art. 7 TUE²³. Anche in questo frangente, dinanzi alle *Raccomandazioni sullo Stato di diritto* formulate dalla Commissione sull'indipendenza della magistratura e l'autonomia della Tribunale costituzionale, il responso delle istituzioni polacche non ha prodotto i frutti sperati, dimostrandosi per lo più dilatorio ove non direttamente ostativo²⁴.

Il *deficit* di efficacia, in questo caso, non deriva dalla strutturale inidoneità dell'istituto a cogliere violazioni dal carattere sistemico, essendo appositamente previsto allo scopo²⁵. Le problematiche principali sono intrinsecamente connesse al suo funzionamento. L'apprezzabilità squisitamente politica delle condizioni in presenza delle quali ritenere integrate le fattispecie del *rischio evidente di grave violazione* di cui al primo comma e *la grave violazione* di cui al successivo, associata ad una formulazione generica delle stesse per evitare rischi di eccessiva cristallizzazione, tendono a rendere l'esito della procedura segnatamente aleatorio e non sottoponibile al vaglio della Corte di Giustizia, la cui competenza è limitata alle sole violazioni procedurali²⁶. Il potenziale deterrente è sostanzialmente vanificato dal voto unanime in seno al Consiglio che si richiede ai sensi dell'art. 7, comma 2 TUE e il cui raggiungimento è condizione necessaria – ma non sufficiente – per l'irrogazione di misure sanzionatorie le quali, in forza di quanto previsto al comma seguente, richiedono un'ulteriore deliberazione a maggioranza qualificata²⁷. L'accentramento dei poteri nelle mani del Consiglio, inoltre, rimettendo la decisione finale al circuito intergovernativo, tende ad inserire nel complesso valutativo variabili suscettibili di alterare il risultato finale. Paradossalmente, la scissione del piano sovranazionale da quello dei singoli Paesi membri, si accompagna al rischio concreto che gli stessi possano anteporre relazioni dettate da interessi interstatali a quello europeo, impedendo al meccanismo di cui all'art. 7 TUE di fare il proprio corso²⁸. Il riscontro fattuale è

²³ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, cit. 5 ss. Sugli effetti nella vicenda polacca, L. Pech, *Systemic Threat to the Rule of Law in Poland: What should the Commission do Next*, in *VerfBlog*, 31 October 2016; G. Schöpflin, *EU Law and Politics: The Rule of Law Framework*, in *VerfBlog*, 28 February 2016.

²⁴ Si veda D. Kochenov, L. Pech, K.L. Scheppele, *The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?*, in *VerfBlog*, 23 December 2017.

²⁵ In dottrina, sull'art. 7 TUE, B. Nascimbene, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus.it*, 24 ottobre 2017 e U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, V ed., Bari, 2017, 38 ss.

²⁶ La differenza fra le due procedure è ben rimarcata da L. Besselink, *The Bite, the Bark and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No. 02/2016, 1-39.

²⁷ Sulle misure adottabili dal Consiglio, 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 *DPCE Online*, 1/2019, 32 ss.

²⁸ Interessanti spunti sull'argomento giungono dal contributo di L. Frosina, *La crisi "esistenziale" dell'Unione europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe*, in *Nomos*, 2/2018, 5-6. Secondo l'Autrice, il progressivo travaso di potere a favore del Consiglio a cui si è assistito negli ultimi anni – in ragione dell'esigenza di far fronte a situazioni emergenziali quali la crisi

constatabile nella circostanza che il Consiglio, al quale spetta il passo successivo nei confronti di Polonia e Ungheria, benché sia già trascorso un considerevole lasso di tempo dalle proposte di Commissione e Parlamento, non ha ancora assunto alcun provvedimento.

Di fronte a questa preoccupante situazione, che guardando al presente e rivolgendosi al futuro si mostra densa di interrogativi rispetto ad uno dei cardini centrali dell'architettura europea quali la *rule of law*, è lecito, e forse doveroso, interrogarsi su come rendere maggiormente stringenti ed efficaci gli strumenti posti a protezione dei valori che dietro ad essa si celano e che la qualificano. In attesa che si compiano passi in avanti ed eventualmente vengano individuate nuove soluzioni dagli organi di Bruxelles²⁹, esiste la possibilità di utilizzare la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo quale strumento di contrasto al proliferare di questi fenomeni? Alcuni recenti mutamenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo lasciano intravedere un suo possibile impiego in chiave evolutiva, operante *ex se* e suscettibile di fornire soluzioni in grado di integrarsi complementariamente con gli strumenti dell'ordinamento comunitario, innescando meccanismi virtuosi in grado di dar loro maggior efficacia, sospingendoli al di fuori del guado nel quale attualmente sembrano essersi arenati e realizzare quel *momento costituzionale* a livello europeo da tempo auspicato³⁰. Nelle pagine che seguono si cercherà comprendere se quanto qui brevemente premesso possa effettivamente realizzarsi, divenendo qualcosa di più che una mera speranza cui appellarsi guardando al futuro.

2. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la sua portata *sistemica*

economico-finanziaria, quella migratoria e quella connessa alle esigenze di sicurezza internazionale – ha contribuito «a determinare maggiori gerarchie di potere e asimmetrie nella relazioni tra Stati, con effetti di ulteriore indebolimento della democrazia sovranazionale europea» dettati, in prevalenza, dal ricorso sempre più accentuato a soluzioni di carattere intergovernativo e contingenti, improntate all'informalità e all'atipicità extra-ordinamentale. Conf. C. Tovo, *Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall'involuzione istituzionale all'unità nella frammentazione*, in *SIDIBlog*, 8 maggio 2017; G. Martinico, *Fuga dai Trattati. Primo studio sull'elusione del diritto come tecnica di integrazione*, in *Percorsi Costituzionali*, 3/2016, 375 ss.; L. Melica, *L'Unione europea, uno Stato ancora incompiuto che deve evolvere per frenare i populismi*, in *DPCE Online*, 2/2018, 325-326.

²⁹ Si veda la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *Sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*, Bruxelles, 2 maggio 2018 COM(2018) 324. Ai sensi dell'art. 4 il progetto regolamentare autorizza la Commissione, in caso di riscontrate carenze riguardanti lo Stato di diritto all'interno degli Stati membri tali da compromettere la sana gestione del bilancio o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, ad assumere specifici provvedimenti tra i quali: a) sospendere i pagamenti o l'esecuzione degli impegni giuridici assunti con lo Stato membro in questione nel caso in cui esegua il bilancio in gestione diretta o indiretta; b) sospendere l'approvazione, modificare o ridurre i programmi e/o gli impegni assunti attraverso rettifiche dei programmi di spesa, finanche interrompendo o sospendendo i pagamenti, qualora esegua il bilancio in regime di gestione concorrente.

³⁰ In proposito si veda 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 *Quad. Cost.*, 4/2018, 855 ss.

Strutturata come Carta dei diritti, la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo è «ordinata secondo un *nomos* polemico che contrappone meccanicamente i diritti individuali allo Stato e, quindi, l’individuo alla comunità politica di riferimento»³¹. Storicamente, dunque, il suo funzionamento e con essa la risultante giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, non sono state utilizzate al prioritario scopo di rilevare violazioni sistemiche dello Stato di diritto, approntando soluzioni volte al loro contrasto.

La Convenzione stessa, d’altronde, non sembra contenere norme che *expressis verbis* si curino di proteggere la *rule of law* quale valore a sé stante. Malgrado ciò (*supra* § 1), essa trova riconoscimento nel preambolo dello Statuto del Consiglio d’Europa, in quello della Convenzione e in più occasioni è stata ricondotta dalla Corte di Strasburgo all’interno del quadro convenzionale alla stregua di «a concept inherent in all the Articles of the Convention»³², ovvero quale componente essenziale «of the common heritage of the Contracting States»³³. Analogo discorso può essere proposto in relazione al concetto di democrazia, considerato quale elemento fondamentale dell’«European public order»³⁴ e «the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it»³⁵.

Esistono purtroppo due disposizioni collocate nella parte finale del Titolo I la cui funzione può essere appositamente estesa alla protezione della democrazia e dello Stato di diritto³⁶. La prima di queste è l’art. 17 CEDU il quale recita «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un’attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste della stessa Convenzione». La seconda, invece, è rappresentata dal successivo art. 18 CEDU in forza del quale «le restrizioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà possono essere applicate solo allo scopo per cui sono state previste».

Entrambe le norme sono state invocate dinanzi alla Corte di Strasburgo con ridotta frequenza e allorché introdotte in giudizio il loro grado di accoglimento è stato assai limitato relegandole in una sorta di «penombra convenzionale»³⁷. Solo ultimamente – almeno per quanto concerne l’art. 18

³¹ C. Caruso, *Sul caso Baka c. Ungheria: la Corte Edu condanna la “distruzione” della separazione dei poteri (e della libertà di espressione)*, in *Diritti Comparati*, 10 luglio 2014. Conf. A. Vincze, *Dismissal of the President of the Hungarian Supreme Court: ECtHR Judgement Baka v. Hungary*, in *European Public Law*, 3/2015, 451.

³² Corte EDU, *Stafford v. The United Kingdom*, Application no. 46295/99, 28 maggio 2002, p.to 63 e *Mozer v. The Republic of Moldova and Russia*, Application no. 11138/10, 23 maggio 2016, p.to 134.

³³ Corte EDU, *Solomon v. Croatia*, Application no. 679/11, 2 aprile 2015, p.to 46.

³⁴ Corte EDU, *Uspakich v. Lithuania*, Application no. 14737/18, 20 dicembre 2016, p.to 87.

³⁵ Corte EDU, *Ždanoka v. Latvia*, Application no. 58278/00, 16 marzo 2006, p.to 98.

³⁶ Cfr. F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, in *Goettingen Journal of International Law*, 9/2018, 111-112.

³⁷ S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Art. 18*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, 584.

CEDU³⁸ – sembra essere stata indirizzata una nuova luce che potrebbe riflettersi anche sull'art. 17 CEDU, conferendo loro una portata applicativa più ampia di quanto non sia stato fatto sino ad ora, conformemente alla loro *ratio* e alle esigenze di natura sistemica che hanno spinto i redattori della Convenzione ad inserirle nella versione finale del testo, come norme di chiusura della stessa³⁹.

2.1 Art.17 CEDU e il divieto di abuso del diritto

Delle due disposizioni prese in considerazione, l'art. 17 CEDU è la più articolata ed anche quella che ha evidenziato complessità interpretative più accentuate, solo in parte risolte da una esigua giurisprudenza della Corte EDU, scarsamente concludente circa i criteri di applicazione della stessa. Le maggiori difficoltà sul piano ermeneutico, come si vedrà a breve, derivano dalla difficoltà in prima approssimazione di conciliare le due proposizioni all'interno della disposizione il cui testo disvela la tensione tra due esigenze complementari: «difendere la democrazia, da un lato, ed evitare che gli Stati impongano a tal fine limitazioni eccessive dei diritti fondamentali»⁴⁰.

Per quanto tragga ispirazione dall'art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani dell'ONU del 1948 in forza del quale all'interno della stessa nulla «può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di un qualsiasi Stato, gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione di alcuno dei diritti e delle libertà in essa enunciati», l'art. 17 CEDU presenta una formulazione più estesa, vietando ulteriormente limitazioni ai diritti e alle libertà previste nella Convenzione in misura più ampia di quanto previsto dalla stessa. Sul piano soggettivo si caratterizza per una duplice direzionalità applicativa, essendo diretta tanto verso gli Stati – qualora agiscano a danno di un singolo ovvero di un gruppo – così nei confronti di questi ultimi ove la loro condotta sia diretta a danno dei primi. Su quello oggettivo, invece, delinea due ordini di azioni, ambedue idonee ad integrare la fattispecie di riferimento. La prima parte della disposizione, infatti, pone un limite verso quelle azioni che, strumentalizzando il contenuto della Convenzione, siano finalizzate alla distruzione di uno o più tra i diritti e le libertà in essa contenuti. Nella seconda, invece, si vieta l'imposizione di limiti più ampi di quelli già individuati dalla Convenzione. In altri termini, mentre la prima parte proibisce l'*abuso del diritto*, la seconda si perita di precludere l'*abuso delle restrizioni* previste dalla CEDU⁴¹.

³⁸ Sul punto sia consentito un rinvio a S. Gianello, *Quando Strasburgo si fa garante della democrazia: alcune considerazioni sui casi Navalnyy e Selahattin Demirtas*, in *Quad. Cost.*, 1/2019, 215 ss.

³⁹ Cfr. V. Angiolini, *Art. 18. Limite all'applicazione delle restrizioni dei diritti*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2001, 470.

⁴⁰ S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Art. 17*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 571.

⁴¹ Cfr. J. García Roca, *Abuse of Fundamental Rights and Defence of Democracy (Art. 17 ECHR)*, in P. Santolaya Marchetti, J. García Roca (eds.), *Europe of Rights: A Compendium of the European Convention of Human Rights*, Leiden, 2012, 503.

Questi due ultimi aspetti erano noti ai redattori della Convenzione che avevano davanti ai loro occhi l'esperienza da poco trascorsa dell'instaurarsi dei regimi totalitari entro i confini continentali e avanti a sé vedevano affermarsi nuovi di matrice comunista. Il suo inserimento all'interno della Convenzione rispecchia «the most explicit expression of the ambition of the Convention as a whole: preventing the emergence or re-emergence of totalitarian regimes in Western Europe»⁴². La norma in questione, in altri termini, traspone all'interno del tessuto convenzionale il concetto di *wehrhafte demokratie*⁴³, di democrazia in grado di difendersi, preservando il libero ed effettivo funzionamento delle sue istituzioni⁴⁴. Si voleva, dunque, evitare l'utilizzo della Convenzione come grimaldello per introdurre negli ordinamenti nazionali misure liberticide tanto ad opera delle autorità pubbliche che di singoli o gruppi organizzati, in particolare sottoforma di partiti politici⁴⁵. Come questi ultimi, per riprendere le parole dei giudici di Strasburgo, avrebbero potuto in futuro invocare i diritti e le libertà di cui alla stessa Convenzione «in order to weaken or destroy the ideals and values of a democratic society»⁴⁶, lo stesso avrebbe potuto verificarsi ad opera delle istituzioni statali.

Dal punto di vista giurisprudenziale, l'art. 17 CEDU non ha mai portato ad una condanna nei confronti di uno Stato. Il dato empirico mostra, al contrario, come il suo utilizzo sia stato concentrato nei confronti degli individui e dei gruppi, quale parametro in forza del quale dichiarare l'inammissibilità di un ricorso presentato alla Corte⁴⁷, per escludere *ratione materiae* l'estensione del diritto invocato nel caso di specie dal ricorrente⁴⁸, ovvero come canone interpretativo per rinforzare la necessità dell'interferenza statale al suo esercizio⁴⁹. In special modo respingendo l'idea che all'interno degli artt. 9 e 10 CEDU – che tutelano rispettivamente la libertà di pensiero e di espressione – potessero essere fatte confluire idee contrarie allo spirito e al testo della Convenzione come, ad esempio,

⁴² P.E. de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR. The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, Utrecht University, 2016, 23.

⁴³ Corte EDU, *Vogt v. Germany*, Application no. 17851/91, 26 settembre 1995, p.to 51.

⁴⁴ Cfr. J. Garcia. Roca, *Abuse of Fundamental Rights and Defence of Democracy (Art. 17 ECHR)*, cit. 510.

⁴⁵ Quest'ultimo aspetto venne messo in luce dal membro italiano dell'Assemblea consultiva, Benvenuti, secondo cui «it is necessary above all to prevent abuses, violations or restrictions, on the part of the legislative power of the different countries who have to apply the Convention on Human Rights. In the second place, it is necessary to prevent totalitarian currents from exploiting, in their own interests, the principles enunciated by the Convention; that is to invoke the rights of freedom in order to suppress Human Rights». Council of Europe, *Preparatory work on Article 17 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, 5 March 1975, p. 7 ([https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART17-CDH\(75\)7-BIL1338904.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART17-CDH(75)7-BIL1338904.pdf)). Si veda, inoltre, M. de Salvia, *Compendium della CEDU. Linee guida della giurisprudenza relativa alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2000, 281 ss.

⁴⁶ Corte EDU, causa *Ždanoka v. Latvia*, p.to 99.

⁴⁷ Corte EDU, *Ivanov v. Russia*, Application no. 35222/04, 20 febbraio 2007.

⁴⁸ Corte EDU, *Norwood v. United Kingdom*, Application no. 23131/02, 16 novembre 2004.

⁴⁹ Corte EDU, *Perinçek v. Switzerland*, Application no. 27510/08, 15 ottobre 2015, p.to 209.

manifestazioni negazioniste⁵⁰, d'incitamento all'odio⁵¹ e di apologia nei riguardi di ideologie totalitarie⁵², nonché quale limite all'esercizio dell'art. 11 CEDU che tutela la libertà di riunione e di associazione⁵³. Potendo trovare applicazione in connessione con la violazione di un diritto sostanziale, non sono mancate ulteriori vicende all'esito delle quali la Corte, pur rilevando la violazione del diritto invocato, non ha posto l'attenzione sull'art. 17 CEDU, considerando la questione assorbita⁵⁴.

Tale prassi, tuttavia, non esclude in alcun modo che l'art. 17 CEDU possa essere impiegato quale parametro in funzione del quale sanzionare comportamenti di un'Alta Parte contraente. Dai lavori preparatori emerge chiaramente la consapevolezza riguardo ai pericoli che avrebbero potuto celarsi addietro la facoltà concessa agli Stati membri di limitare le libertà previste dalla Convenzione in determinate circostanze. Come affermato dal componente francese Teitgen, «it is legitimate and necessary to limit, sometimes even to restrain, individual freedoms, to allow everyone the peaceful exercise of their freedom and to ensure the maintenance of morality, of the general well-being, of the common good and of public need [...] that is permissible; that is legitimate. But when [the State] intervenes to suppress, to restrain and to limit these freedoms for, this time, reason of state; to protect itself according to the political tendency which it represents, against an opposition which it considers dangerous; to destroy fundamental freedoms which it ought to make itself responsible for coordinating and guaranteeing, then it is against public interest if it intervenes. Then the laws which it passes are contrary to the principle of the international guarantee»⁵⁵.

Prima di porre l'attenzione sul ruolo degli Stati, tuttavia, occorre affrontare la questione della supposta incongruenza intrinseca della norma che in sostanza deriverebbe da una lettura utilitaristica della funzione cui è preposta: se il suo effetto è impedire la messa in discussione dei valori posti alla base della democrazia liberale, dovrebbe essere consentito agli Stati imporre a coloro i quali agiscano di tal guisa, limitazioni ai loro diritti più ampie di quelle previste dalla Convenzione. Possibilità, tuttavia, negata dalla parte finale della disposizione⁵⁶. Da qui la necessità di interpretare separatamente le due preposizioni di cui si compone l'art. 17 CEDU. La prima parte andrebbe ricondotta ai soli individui o gruppi, essendo

⁵⁰ Corte EDU, *Witzsch v. Germany*, Application no. 7485/03, 13 dicembre 2005.

⁵¹ Corte EDU, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, Applications nos. 26261/05 and 26377/06, 14 giugno 2013, p.ti 107-114.

⁵² Comm. EDU, *Pavel Ivanov v. Russia*, Application no. 250/57, 20 luglio 1957.

⁵³ Corte EDU, *Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey*, Application nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 febbraio 2003. In dottrina, sul punto, D. Tega, S. Ceccanti, *La protezione della democrazia dai partiti antisistema: quando un'esigenza può diventare un'ossessione*, in A. Di Giovine (a cura e con introduzione di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 37 ss.

⁵⁴ Corte EDU, *Šimunić v. Croatia*, Application no. 20373/17, 22 gennaio 2019, p.to 39.

⁵⁵ Council of Europe, *Preparatory work on Article 17 of the European Convention of Human Rights*, cit. 6.

⁵⁶ Cfr. S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Art. 17*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 571. Questione a sua volta ripresa da J. Velu, R. Erge, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Brussels, 1990, 138 ss.

espressamente richiamato il concetto di diritto che gli stessi potrebbero invocare dinanzi all'esercizio di un comportamento o di un'attività idonea a ledere altri diritti convenzionali. La seconda, diversamente, evocando l'imposizione di limitazioni all'esercizio di detti diritti e libertà, non potrebbe che essere riferita alla condotta statale⁵⁷. Addirittura, v'è chi ha ritenuto che l'art. 17 CEDU, letto congiuntamente con il successivo art. 18 CEDU che si riferisce esclusivamente agli Stati, tradisse un utilizzo limitato ai soli casi in cui i valori convenzionali fossero messi a repentaglio ad opera di individui o gruppi al fine di evitare sovrapposizioni tra le due disposizioni⁵⁸.

Un simile approccio non è privo di conseguenze sul versante pratico poiché suscettibile di ridurre sensibilmente l'ambito di applicazione dell'art. 17 CEDU ad una sola delle ipotesi individuate all'interno dello stesso: l'imposizione di limitazioni ai diritti più ampie di quelle già previste. Per quanto pregevolmente argomentate, le tesi poc'anzi richiamate purtuttavia propendono per un approccio eccessivamente restrittivo⁵⁹.

In primo luogo, infatti, occorre considerare il dato letterale della norma che fa chiaramente riferimento allo Stato quale soggetto potenzialmente nelle condizioni di compiere sia un atto od un'attività mirata alla distruzione delle libertà convenzionali, sia imporre ad esse limiti più stringenti di quelli consentiti dalla Convenzione. La stessa conformazione della norma pone le due proposizioni in rapporto di complementarità e non di esclusività. Una eventuale alternatività può sorgere in fase applicativa, nel senso da precludere la contestuale violazione di ambedue le fattispecie astratte in relazione alla singola vicenda concreta⁶⁰. Tuttavia, non solo ciò non può affermarsi aprioristicamente, ma nell'ipotesi in cui dovesse verificarsi dipenderà dalla tipologia di violazione oggetto di contestazione e non anche dalla struttura del disposto normativo. L'estensione di entrambe le

⁵⁷ In tal senso C. Pinelli, *Art. 17. Divieto di abuso di diritto*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, cit. 457. Secondo l'Autore, avendo a riguardo i cd. *nemici della libertà* cui le due proposizioni della norma fanno riferimento, essi «coincidono assai meno di quanto il comune tenore letterale (Stato, gruppo o individuo) lasci ritenere. Mentre la prima proposizione si riferiva precipuamente al 'gruppo', cioè a partiti e movimenti ben presenti alla memoria europea oppure oggetto di timori più ravvicinati, il pericolo di 'limitazioni maggiori di quelle previste in detta Convenzione' non poteva che provenire dallo Stato, il solo fra i soggetti indicati a poterle 'prevedere'».

⁵⁸ Sul punto, F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, cit. 116-117.

⁵⁹ Per una lettura alternativa si veda A.M. Williams, *The European Convention on Human Rights: A New Use*, in *Texas International Law Journal*, Vol. 12, 1977, 285 ss. Secondo l'Autrice, dall'art. 17 CEDU deriverebbe un obbligo *positivo* degli Stati membri di evitare preventivamente che al proprio interno possano verificarsi azioni da parte di individui o gruppi mirate alla distruzione dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione. L'art. 17 CEDU, secondo tale ricostruzione, andrebbe letto in combinato disposto con l'art. 1 CEDU il quale, a sua volta, stabilisce che «le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione». In ragione di ciò, spetterebbe ad ogni Paese la predisposizione di strumenti – in primo luogo di natura normativa – volti ad arginare la concretizzazione di tale pericolo, pena la violazione dell'art. 1, interpretato alla luce dell'art. 17 CEDU.

⁶⁰ S. Van Drooghenbroeck, *L'Article 17 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme est-il indispensable?*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, No. 46, 2001, 547.

preposizioni alla condotta dei singoli Paesi aderenti, inoltre, trova conferma nella stessa giurisprudenza della Corte EDU. I giudici nella causa *Bîrsan v. Roumanie*, dopo aver ribadito che il sostantivo “Stato” utilizzato dalla norma è un chiaro richiamo ai Paesi che hanno aderito alla Convenzione, hanno specificato altresì che nei confronti di questi essa produce un duplice effetto: proibire la distruzione dei diritti e delle libertà convenzionali, ed impedire la loro limitazione in misura maggiore di quanto disposto dalla Convenzione⁶¹.

D'altronde, focalizzando l'attenzione sulla terminologia utilizzata si nota una significativa differenza tra la prima e la seconda parte dell'art. 17 CEDU. Quest'ultima, similmente a quanto stabilito dal successivo art. 18 CEDU, nel richiamare le limitazioni ai diritti ed alle libertà si riferisce alle sole disposizioni della Convenzione che già le prevedono. Dunque, utilizzando un canone interpretativo conforme per ambedue le disposizioni, la seconda preposizione dell'art. 17 CEDU può essere applicata nei confronti di uno Stato qualora la sua ingerenza, nel porsi oltre i limiti consentiti, non solo rappresenti una misura tutt'altro che necessaria in una società democratica funzionale alla salvaguardia di altrettanti interessi di ordine pubblico ma, al contrario, sia diretta alla loro negazione.

La prima parte, diversamente, nell'indicare lo “strumento” attraverso il quale uno Stato – al pari di un individuo o di un gruppo – potrebbe aspirare alla disintegrazione dei diritti e delle libertà, si riferisce generalmente a «nessuna disposizione della presente Convenzione», dunque a ciascuna di esse e non solamente a quelle che espressamente individuano un diritto o una libertà soggetta a limitazioni. Tra queste, ad esempio, l'art. 15 CEDU secondo il quale in circostanze di guerra o di altro grave pericolo che minacci la vita della nazione, è consentito alle Alte Parti contraenti adottare misure derogatorie degli obblighi previsti dalla Convenzione, nella sola misura in cui si riveli necessario e non confligga con altri obblighi internazionali. Tutt'altro che un caso di scuola, una simile circostanza è già stata oggetto di controversia pendente dinanzi la Commissione nella causa *Denmark, Norway, Sweden and the Netherland v. Greece (the Greek case)*⁶², ove venne contestato alle Giunte militari salite al potere con il colpo di stato nell'aprile 1967 di aver sistematicamente violato i diritti e le libertà convenzionali, stabilendo un regime autoritario di per sé incompatibile con il rispetto della Convenzione⁶³. Il governo ellenico invocò l'art. 15 CEDU sulla considerazione che la loro sospensione avrebbe dovuto considerarsi solamente provvisoria, subordinata alla situazione contingente e funzionale al futuro ripristino della vita parlamentare. Al contrario, i Paesi ricorrenti contestarono l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 15 CEDU, rivolgendo alla Commissione la richiesta di accertare l'abusività delle azioni perpetrate dalle istituzioni greche

⁶¹ Corte EDU, *Bîrsan v. Roumanie*, Application no. 79917/13, 2 febbraio 2016, p.to 71.

⁶² Comm. EDU, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherland v. Greece (the Greek case)*, Applications nos. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, 5 novembre 1969.

⁶³ Per una ricostruzione della vicenda, P.E. de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR. The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, cit. 26-27.

ai sensi dell'art. 17 CEDU⁶⁴. La conclusione cui giunse quest'ultima fu quella di rigettare le obiezioni fondate sull'art. 15 CEDU giacché «the main condition of Article 15 – the existence of a public emergency threatening the life of the nation – is not satisfied in the present case»⁶⁵. La Commissione non esclude, dunque, l'applicabilità dell'art. 17 CEDU al caso di specie ma considerò assorbita la questione in virtù del mancato accertamento delle condizioni necessarie per addivenire ad una deroga della Convenzione in stato di urgenza.

Nondimeno, nel redigere la propria opinione dissenziente, il membro austriaco Ermacora patrocinò la possibilità di utilizzare l'art. 17 CEDU in combinato con l'art. 3, Protocollo 1 CEDU che impone ai Paesi membri l'obbligo di organizzare libere elezioni a intervalli ragionevoli in condizioni tali da assicurare la libera espressione del corpo elettorale. Secondo quest'ultimo, «the present situation in Greece is caused by the respondent Government and, in particular, by the fact that the Government has taken no effective step to apply Article 3 of the First Protocol in such a way is intended by democratic governments referred to in the Preamble of the Convention as well as in the Statute of the Council of Europe. One may have the impression that the respondent Government misunderstands the function of a revolutionary government under the regime of the Convention [...] this leads me to the conclusion that the respondent Government has engaged in activities or has performed acts aiming at the limitation of the rights under the Convention to a greater extent than is provided for in the Convention (Article 17 of the Convention)»⁶⁶.

Per quanto l'esempio poc'anzi riportato possa costituire un'evenienza eccezionale, nulla toglie all'utilizzo dell'art. 17 CEDU in situazioni il cui portato emergenziale si ponga ad un livello di guardia inferiore. Il concetto di abuso del diritto, d'altro canto, *ipso iure* abbraccia una pluralità di situazioni difficilmente tipizzabili *ex ante*, se non in termini generali. Sulla scorta dei pronunciamenti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo esso può riguardare azioni e attività che si pongano in contrasto con il testo e con lo spirito della Convenzione⁶⁷, con i valori fondamentali che la stessa esprime e che sono posti alla base di un effettivo esercizio della democrazia⁶⁸ come la tolleranza, la pace sociale e la non discriminazione⁶⁹, l'uguaglianza di genere e la convivenza tra individui all'interno di una società libera da qualunque forma di segregazione razziale, «without which a democratic society is inconceivable»⁷⁰. Più in generale, può consistere in ogni altro atto «aimed at destroying any of the rights and freedoms set forth in the

⁶⁴ Comm. EDU, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherland v. Greece (the Greek case)*, p.ti 147-149.

⁶⁵ Comm. EDU, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherland v. Greece (the Greek case)*, p.to 150.

⁶⁶ *Dissenting Opinion of Mr. Ermacola in Yearbook of the European Convention on Human Rights. The Greek case 1969*, The Hague, Netherlands, 1972, 102-103.

⁶⁷ Corte EDU, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, Applications nos. 26261/05 and 26377/06, 14 marzo 2013, p.to 103.

⁶⁸ Comm. EDU, *Kühnen v. The Federal Republic of Germany*, Application no. 12194/1986, 12 maggio 1988, p.to 1.

⁶⁹ Corte EDU, *Ivanov v. Russia*, p.to 1.

⁷⁰ Corte EDU, *Vona v. Hungary*, Application no. 35943/10, 9 luglio 2013, p.to 57.

Convention»⁷¹. Ad assumere rilevanza primaria ai fini del loro apprezzamento è la valutazione della condotta, o meglio delle condotte complessivamente accertate a carico dello Stato, inserite nel contesto più ampio all'interno del quale vedono la luce.

Da ultimo, seppure l'art. 17 CEDU configuri una norma «only applicable on an exceptional basis and in extreme cases»⁷², alcuni spunti interessanti riguardo il suo possibile utilizzo in chiave prognostica possono essere estrapolati dall'opinione separata formulata da alcuni giudici nel caso *Navalnyy v. Russia* in cui quest'ultima è stata condannata ai sensi dell'art. 18 in combinato con gli art. 5 e 11 CEDU dopo che la Corte ha potuto appurare nell'azione delle autorità nazionali uno sviamento di potere finalizzato alla repressione del dissenso politico. Rimandando l'analisi sull'art. 18 CEDU al paragrafo successivo, lo sguardo sulle argomentazioni dell'opinione di minoranza – per i quali la vicenda avrebbe dovuto essere trattata ai sensi dell'art. 17 CEDU – si rivela utile in quanto consente di comprendere meglio quale possa essere la prospettiva applicativa della norma di cui si tratta associata alla condotta di uno Stato, e in che relazione si ponga con l'art. 18 CEDU.

A trasparire *prima facie* è l'ampio spettro entro cui circoscrivere la porta definitoria del concetto di *abuso del diritto* il quale «can be understood as being directed at, not only – excessive – individual restrictions of the exercise of fundamental rights, but also a general system of limitations or actions going beyond what is necessary in a democratic regime. It may be an apparent or even brutal abuse of power, without any effort of concealment; it may be an excessive use of the power to restrict rights, again without any ulterior purpose, but with the (dominant) intention to limit any form of expression of personal freedoms (speech, assembly, etc.); or it may be a succession of incidents which, taken one by one, appear to be isolated and straightforward violations of a Convention right, but which, taken together, show a greater problem of systemic violations ultimately aimed at the destruction of the rights and freedoms provided by the Convention. There lies the real abuse of rights or power: a system of violations»⁷³. In secondo luogo, emerge la capacità dell'art. 17 CEDU di intercettare e arginare violazioni che si manifestino su larga scala e siano fra loro collegate da un comune disegno antitetico ai valori della Convenzione, giacché «in this respect [...] goes well beyond isolated cases of unacceptable limitations of individual rights and is capable (and even designed) to address structural issues where the abuse of rights

⁷¹ Corte EDU, *Lawless v. Ireland* (no. 3), Application no. 332/57, 1 luglio 1961, p.to 7.

⁷² Corte EDU, *Paksas v. Lithuania*, Application no. 34932/04, 6 gennaio 2011, p.to 87. Tale assunto trova conferma anche in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Art. 17*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 576 e in J. García Roca, *Abuse of Fundamental Rights and Defence of Democracy* (Art. 17 ECHR), cit. 525.

⁷³ Corte EDU, *Navalnyy v. Russia*, Applications nos. 29580/12 and 4 others, 15 novembre 2018, *partly concurring, partly dissenting* of Judges Pejchal, Dedov, Ravarani, Eicke and Paczolay, p.to 17. Un tale sistema, proseguono le motivazioni, può manifestarsi sotto varie sembianze e a differenti livelli: «a too strict and liberticidal legislation, a restrictive administrative practice that applies the legal rules with excessive severity, or a systematic judicial prosecution in cases of alleged violation of legal or administrative rules restricting rights guaranteed by the Convention and the application of severe sanctions in case of guilt found».

lasts over a period of time and transpires through the general intensity of the restrictions of a given fundamental right. The various violations taken in isolation – which must always be sanctioned by the Court, however on different grounds – are merely individual instances of an abusive system which, as a whole, falls under Article 17»⁷⁴.

L'abuso del potere infine, secondo l'opinione di minoranza, avrebbe una portata più ampia dello sviamento poiché prescinde dalla valutazione del fine perseguito dalle autorità nazionali. Ci possono essere abusi che non dissimulano scopi ulteriori rispetto a quello cui ambiscono. L'affermazione dell'art. 17 CEDU non dipende (esclusivamente) dall'illegittimità dello scopo a cui l'esercizio del potere è asservito, «but because of the way in which the power was used»⁷⁵. Dall'opinione separata emerge, pertanto, un utilizzo della disposizione in questione alternativo a quello dell'art. 18 CEDU. In realtà, come si cercherà di far emergere nelle pagine che seguono, più che escludersi vicendevolmente nella loro applicazione esse si completano facendo riferimento a fattispecie che, per quanto generalmente finalizzate al sovvertimento dei valori di cui è informata la Convenzione, quali il rispetto sostanziale dei principi democratici e lo Stato di diritto, vi giungono secondo schemi e modalità fra di loro non necessariamente collimanti.

2388

2.2 Art.18 CEDU e il divieto di sviamento del potere

Lo sviamento del potere richiama ad un esercizio dello stesso finalizzato al perseguimento di scopi estranei rispetto a quelli per cui è stato originariamente preposto. Diversamente dall'abuso, ad assumere primaria rilevanza non è la modalità di estrinsecazione dell'azione, quanto l'obiettivo che si pone di raggiungere. Muovendo da questa breve considerazione si comprende meglio a cosa miri l'art. 18 CEDU: impedire una utilizzazione delle restrizioni ai diritti e alle libertà previste dal dettato convenzionale a nocimento dello Stato di diritto e, con esso, della democrazia⁷⁶. In particolare, evitando che uno Stato possa venire meno agli obblighi discendenti dalla Convenzione sopprimendone i diritti e le libertà «by means of minor measures which, while made with the pretext of organising the exercise of these freedoms on its territory, or of safeguarding the

⁷⁴ Corte EDU, *Navalnyy v. Russia*, partly concurring, partly dissenting, p.to 18.

⁷⁵ Corte EDU, *Navalnyy v. Russia*, partly concurring, partly dissenting, p.to 26.

⁷⁶ C. Heri, *Navalnyy v. Russia* (Eur. Ct. H.R.), in *International Legal Materials*, Vol. 58, 2019, 315. Più in generale sull'argomento, Id., *Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent developments under Article 18 ECHR*, in *Strasbourg Observers*, 15 December 2017; H. Keller, C. Heri, *Selective criminal proceedings and article 18 ECHR: The European Court of Human Rights untapped potential to protect democracy*, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 37, 2016, 1-10. Da ultimo, F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, cit. 120, secondo il quale «where States start using the law merely as camouflage for the raw exercise and abuse of power [...] the rule of law is in clear danger. Article 18 of the ECHR is geared toward situations where States limit rights for ulterior, hidden purposes, and therefore provides a warning signal par excellence of rule of law backsliding».

letter of the law, have the opposite effect»⁷⁷. Come l'art. 17 CEDU, anche la successiva disposizione trova la sua *raison d'être* nella ricerca di strumenti che impediscano l'ulteriore radicamento di sistemi autoritari. Tuttavia, la norma *de quo* si pone ad un livello differente che comprende la possibilità di un ritorno a modelli analoghi a quelli del passato attraverso un progressivo «détournement de pouvoir»⁷⁸. Come evidenziato nel corso dei lavori preparatori dal membro italiano Benvenuti, «what we must fear today is not the seizure of power by totalitarianism by means of violence, but rather totalitarianism will attempt to put itself in power by pseudo-legitimate means. Experience has shown that it is sufficient to establish an atmosphere of intimidation and terror in one single electoral campaign in a country for all the executive act establishing a totalitarian regime to acquire a character, an appearance, of legality [...] the battle against totalitarianism should rather be modified and should become a battle against abuse of legislative power, rather than abuse of executive power [...] every State which violates Human Rights and above all the rights of freedom, will always have an excuse»⁷⁹. Parole il cui afflato, riportato *mutatis mutandis* alle vicende della contemporaneità, non sembra patire i segni del tempo.

Sul piano applicativo, l'art. 18 non costituisce un mero canone interpretativo delle norme che all'interno della Convenzione prevedono limitazioni ai diritti e alle libertà. Nel proibire che le Alte Parti contraenti impongano limitazioni per scopi non prescritti dalla stessa, svolge una funzione autonoma⁸⁰, potenzialmente «normogenetica»⁸¹, consentendo la previsione di regole ulteriori che guidino al legittimo esercizio delle restrizioni in modo emancipato dalla necessità di individuare un collegamento con altre previsioni contenute all'interno della Convenzione. Nonostante il suo carattere accessorio ne imponga l'invocazione in combinato con una disposizione sostanziale che ammetta limitazioni, la sua violazione può essere accertata anche in assenza di una concomitante lesione del diritto principale⁸².

Essa si pone a completamento della seconda preposizione dell'art. 17 CEDU nella parte in cui vieta il ricorso a limitazioni più ampie di quelle previste. Mentre quest'ultima, nel suo utilizzo, è limitata all'individuazione di restrizioni ai

⁷⁷ Council of Europe, *Preparatory work on Article 18 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, 10 March 1975, 3 (Teitgen), ([https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf)).

⁷⁸ V. Angiolini, *Art. 18. Limite all'applicazione delle restrizioni dei diritti*, cit. 470.

⁷⁹ Council of Europe, *Preparatory work on Article 18 of the European Convention of Human Rights*, cit. 4.

⁸⁰ Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, Application no. 72508/13, 28 novembre 2017, p.to 288.

⁸¹ V. Angiolini, *Art. 18. Limite all'applicazione delle restrizioni dei diritti*, cit. 470.

⁸² Si veda, fra le altre, Corte EDU, *Cebotari v. Moldova*, Application no. 35615/06, 13 novembre 2007, p.to 49. In dottrina, invece, S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Art. 18*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 584. Mentre la valutazione in merito alla violazione dell'art. 18 CEDU – con riguardo allo sviamento dalle finalità per cui sono state poste le restrizioni – viene eseguita riferendosi alla sua concreta applicazione nei confronti del ricorrente, la considerazione (in astratto) sulla conformità alla Convenzione della norma che prevede la limitazione al diritto o alla libertà, è invece eseguita sulla disposizione principale.

diritti e alle libertà *ulteriori* rispetto a quelli consentiti, l'art. 18 CEDU dispiega la sua efficacia nell'ambito di ciò che è astrattamente autorizzato ma, nel suo effettivo spiegamento, persegue scopi ultronei rispetto a quelli previsti dalla Convenzione⁸³. Il suo raggio di funzionamento, pertanto, copre un'area più limitata e virtualmente prodromica rispetto a quella dell'abuso del diritto, giacché opera fintantoché le limitazioni imposte – sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo – non fuoriescano dall'ambito del teoricamente consentito, pur ambendo ad un fine concretamente illegittimo.

Il riscontro con il dato procedimentale, tuttavia, mostra come per lungo tempo l'art. 18 CEDU abbia rappresentato una sorta di «dormant provision»⁸⁴. La prima condanna è giunta solamente il 19 maggio del 2004 nel caso *Gusinskiy v. Russia*⁸⁵. Le ragioni del suo scarso impiego sono diverse ma prevalentemente riconducibili ad una giurisprudenza della Corte EDU di segno marcatamente restrittivo. Muovendo dalla presunzione di buona fede dell'azione statale⁸⁶, la Corte pretendeva l'assolvimento di un elevato standard probatorio che il più delle volte rischiava di sfociare nella richiesta di una vera e propria *probatio diabolica*. Al ricorrente che avesse invocato l'uso illegittimo delle restrizioni poste all'esercizio di un suo diritto, spettava dimostrare che la condotta delle autorità statali celasse l'esistenza di una «hidden agenda»⁸⁷ appositamente indirizzata al perseguimento di finalità occulte. Tale dimostrazione, tuttavia, non poteva dirsi soddisfatta dal mero ricorso ad elementi di carattere presuntivo⁸⁸. Al contrario, lo sviamento del potere poteva essere accertato solo in presenza di «a very exacting standard of proof»⁸⁹ che, a sua volta, presupponeva l'allegazione di «incontrovertible and

⁸³ Cfr. P. Santolaya, *Limiting Restriction on Rights. Art. 18 ECHR (A Generic Limits on According to Purpose)*, in P. Santolaya Marchetti, J. García Roca (eds.), *Europe of Rights: A Compendium of the European Convention of Human Rights*, cit. 528. Conf. F. Punzo, *Art. 18, limiti alla restrizione dei diritti*, in C. Defilippi, D. Bosi, R. Harvey (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Napoli, 2006, 565.

⁸⁴ Ç. Başak, *Merabishvili v. Georgia: Has the Mountain Given Birth to a Mouse?*, in *VerfBlog*, 3 December 2017.

⁸⁵ Corte EDU, *Gusinskiy v. Russia*, Application no. 70276/01, 19 maggio 2004. Nel caso di specie il ricorrente, all'epoca dei fatti presidente di una compagnia privata russa attiva nell'ambito dei media e della comunicazione, venne arrestato e sottoposto a detenzione preventiva (secondo modalità lesive dell'art. 5 CEDU) allo scopo ulteriore di condizionarlo ad alienare la propria società alla compagnia pubblica russa Gazprom e alle condizioni da questa unilateralmente imposte.

⁸⁶ Corte EDU, *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, Applications nos. 11082/06 and 13772/05, 25 luglio 2013, p.to 899 in cui si afferma che «the whole structure of the Convention rests on the general assumption that public authorities in the member States act in good faith. That assumption is rebuttable in theory, but it is difficult to overcome in practice».

⁸⁷ Corte EDU, *Lutsenko v. Ukraine* Application no. 6492/11, 3 luglio 2012, p.to 106.

⁸⁸ Corte EDU, *Dochnal v. Poland*, Application no. 31622/97, 18 settembre 2012, p.to 106. Secondo il collegio «the Court admits that the applicant's case may raise a certain suspicion as to whether the real intent of the authorities was to extract further depositions from him regarding various sensitive political matters. However, a mere suspicion that the authorities used their powers for some other purpose than those defined in the Convention is not sufficient to prove that Article 18 was breached [...] in particular, the Court is unable to conclude that the legal machinery of the respondent State in the present case was misused».

⁸⁹ Corte EDU, *Khodorkovskiy v. Russia*, Application no. 5826/04, 31 maggio 2011, p.to 256.

direct proof[s]»⁹⁰. Concretamente, la pretesa della Corte si estendeva sino a richiedere la dimostrazione «that the whole legal machinery of the respondent State in the present case was *ab initio* misused, that from the beginning to the end the authorities were acting with bad faith and in blatant disregard of the Convention»⁹¹. Nemmeno in presenza di fattori dai quali trasparisse la presenza di finalità improprie nell'operato dei pubblici poteri si sarebbe potuto ricavare un'attenuazione del rigido regime probatorio in quanto «even where the appearances speak in favour of the applicant's claim of improper motives, the burden of proof must remain with him or her»⁹².

Data la natura sussidiaria dell'art. 18 CEDU non sono mancate decisioni in cui la Corte ne abbia escluso l'applicabilità *ratione materie* in considerazione della sua invocazione associata a diritti non espressamente qualificati come quelli previsti agli artt. 6 e 7 CEDU che salvaguardano i crismi del giusto processo e del principio di legalità⁹³. Inoltre, anche a seguito del caso *Gusinskiy v. Russia* – fatta

⁹⁰ Corte EDU, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, Application no. 14902/04, 20 settembre 2011, p.to 663.

⁹¹ Corte EDU, *Khodorkovskiy v. Russia*, p.to 260.

⁹² Corte EDU, *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, p.to 903. Secondo F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, cit. p. 131, è possibile individuare nella giurisprudenza della Corte EDU due differenti approcci. Nei casi in cui i ricorrenti abbiano lamentato una persecuzione politica da parte delle autorità pubbliche senza allegare alcun elemento di prova che dimostrasse in modo inequivoco uno specifico evento, i giudici hanno imposto un più elevato standard di prova consistente nella dimostrazione *ab origine* della malafede dell'autorità pubblica. Al contrario, ove i ricorrenti siano stati in grado di fornire la prova di un episodio ben individuato dal quale sia emersa l'occulta finalità statale, l'onere della prova ha assunto livelli di minor intensità. Nella vicenda *Lutsenko v. Ukraine*, per esempio, la Corte ha rinvenuto che il regime di detenzione preventiva alla quale era stato sottoposto il ricorrente contrastava con l'art. 18 in combinato con l'art. 5 CEDU poiché finalizzata a punirlo per aver rilasciato dichiarazioni pubbliche volte a proclamare la propria innocenza e screditare l'autorità procedente sfruttando la sua notorietà di *leader* dell'opposizione, dopo aver ricoperto in passato ruoli governativi. In questo caso l'elemento di prova incontrovertibile è stato individuato dalla Corte nelle stesse motivazioni adottate dall'autorità giudiziaria che aveva disposto l'arresto. Cfr. Corte EDU, *Lutsenko v. Ukraine*, Application no. 6492/11, 3 luglio 2012, p.ti 104-110. Analogamente si veda anche Corte EDU, *Tymoshenko v. Ukraine*, Application no. 49872/11, 30 aprile 2013, p.ti 294-301.

⁹³ Corte EDU, *Navalnyy and Ofitserov v. Russia*, Applications nos. 46632/13 and 28671/14, 23 febbraio 2016, p.to 130. Importante rilevare come nella loro opinione separata (*partly dissenting*), i giudici Nicolau, Keller e Dedov abbiano sostenuto l'applicabilità dell'art. 18 CEDU in relazione all'art. 6 CEDU sulla base di un'interpretazione sistematica della clausola che proibisce lo sviamento del potere, la cui funzione è arginare regressioni della democrazia e dello Stato di diritto. Poiché in passato la Corte ha già constatato l'autonomia dell'art. 18 CEDU applicandolo in assenza della concomitante violazione del diritto sostanziale, ne consegue che il suo collegamento con la norma particolare contenente limitazioni imponibili dalle autorità nazionali è meno intensa di quanto si possa pensare. L'art. 18 CEDU non si applicherebbe, dunque, alle sole previsioni convenzionali che prevedano espressioni restrizioni all'esercizio del diritto, bensì, «as per its *ratio conventionis*, it applies to limitation on all convention rights, with the exception of those absolute rights that do not permit limitation and to which it therefore cannot logically apply, for example those under Article 3» (p.to 4). Un processo può essere motivato da intenti e finalità abusive come, ad esempio, il tentativo di estromettere dalla vita politica esponenti di opposizione. Anche in questi casi si manifesterebbero le condizioni perché uno Stato possa essere condannato ai sensi dell'art. 18 in combinato con l'art. 6 poiché esso non costituisce un diritto assoluto. Sull'applicazione della disposizione in parola ad ogni previsione che contenga «expressed or implied restrictions», dunque anche all'art. 6 CEDU, si veda Corte EDU, *Navalnyy v. Russia*, Application no.

eccezione per i casi in cui la Corte abbia ritenuto la doglianza assorbita al termine dell'esame sulla disposizione sostanziale⁹⁴ – lo sviamento del potere è stato sanzionato quasi esclusivamente in relazione all'art. 5 CEDU, in presenza di arbitrarie privazioni della libertà da parte delle autorità pubbliche.

Questo paradigma argomentativo-processuale, il cui frutto è stato la sensibile riduzione della portata dissuasiva e sanzionatoria dell'art. 18 CEDU, che a tratti è risultata essere «pressoché vanificata»⁹⁵, ha subito un deciso *revirement* con la decisione della Grande Camera *Merabishvili v. Georgia* del 28 novembre 2017 che vi ha conferito nuova vitalità, aprendo a più ampi orizzonti per il suo utilizzo, come dimostrato dalla giurisprudenza successiva. La vicenda ha tratto origine dal ricorso presentato dall'ex Primo Ministro georgiano, all'epoca dei fatti divenuto uno dei *leader* dell'opposizione, arrestato e sottoposto a procedimento penale con l'accusa di appropriazione indebita e abuso di autorità. Benché egli rivendicasse l'illegittimità della detenzione preventiva e del giudizio in sé, giacché finalizzati all'obiettivo di escluderlo dalla vita politica e, segnatamente, dalle elezioni presidenziali dell'ottobre 2013, il *casus belli* riguardante lo sviamento di potere delle autorità georgiane derivò da uno specifico evento verificatosi a distanza di alcuni mesi dall'inizio della custodia cautelare. Nel corso di una notte venne segretamente prelevato dalla propria cella ed interrogato dal Procuratore Generale riguardo a fatti estranei al suo giudizio: la morte del Primo Ministro Zurab Zhvania e le attività finanziarie del Presidente Mikheil Saakashvili⁹⁶. Di conseguenza, secondo Ivane Merabishvili, le misure preventive disposte a suo carico non avrebbero servito lo scopo processuale, bensì quello di creare illegittimamente una fonte di pressione per estorcergli informazioni riguardo eventi estranei alla specifica vicenda.

I punti sui quali la Grande Camera ha concentrato l'attenzione sono stati: a) la predominanza dello scopo perseguito dalle autorità statali; b) la questione dell'onere probatorio. Riguardo a quest'ultimo si può apprezzare una sensibile attenuazione dei criteri precedentemente adottati. La regola generale secondo la quale «the burden of proof is not borne by one or the other party because the Court examines all material before it irrespective of its origin, and because it can, if necessary, obtain material of its own motion»⁹⁷ deve trovare applicazione anche qualora il giudizio verta sull'applicazione dell'art. 18 CEDU. In diverse occasioni «a strict application of the principle *affirmanti incumbit probatio*, that is that the burden of proof in relation to an allegation lies on the party which makes it, is not

101/15, 17 ottobre 2017, *Partly dissenting opinion of Judges Keller and Dedov*, p.to 7. Nella decisione della Corte EDU, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (No. 2), Application no. 919/15, 16 novembre 2017, p.to. 261, infine, pur rigettando nel merito la violazione dell'art. 18 in collegamento con l'art. 6 CEDU stante l'infondatezza della doglianza, i giudici hanno ritenuto la questione ammissibile sul piano processuale.

⁹⁴ Corte EDU, *Beyeler v. Italy*, Application no. 33202/96, 5 gennaio 2000, p.to 129.

⁹⁵ V. Angiolini, *Art. 18. Limite all'applicazione delle restrizioni dei diritti*, cit. p. 472. Conf. F. Punzo, *Art. 18, limiti alla restrizione dei diritti*, cit. 566.

⁹⁶ Cfr. C. Heri, *Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent Developments under Article 18 ECHR*, in *Strasbourg Observers*, 15 December 2017.

⁹⁷ Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, p.to 311.

possible, notably in instances when this has been justified by the specific evidentiary difficulties faced by the applicants»⁹⁸. In questi casi la Corte può chiedere *ex officio* alle parti di integrare le rispettive istanze. Seppur non possa coattivamente imporre alcun ordine di presentazione al governo resistente, nondimeno è nelle condizioni di trarre dal rifiuto – finanche dalla mera omissione – elementi di prova suscettibili di integrare il giudizio complessivo sulla sua condotta, specialmente qualora le autorità pubbliche siano le sole ad avere l'accesso ad informazioni di particolare rilevanza ai fini del procedimento. Riguardo, invece, allo standard della prova che si richiede al ricorrente, conformemente alla più recente giurisprudenza⁹⁹, anche in dette circostanze deve trovare applicazione il principio di portata generale del «beyond reasonable doubt»¹⁰⁰. Non sarà più necessario fornire la prova diretta ed incontrovertibile della responsabilità statale che potrà invece essere costituita ricorrendo a «information about the primary facts, or contextual facts or sequences of events which can form the basis for inferences about the primary facts»¹⁰¹. Fra queste, specifico rilievo dovrà essere attribuito a *reports* di osservatori internazionali, organizzazioni non governative e *media* indipendenti, nonché ad eventuali decisioni di corti nazionali ed internazionali¹⁰².

Il secondo profilo di interesse ha riguardato la questione della possibile pluralità di intenti perseguiti dalle autorità pubbliche. Poiché l'azione statale oggetto di contestazione può essere ricompresa entro un lasso temporale considerevole, sia sotto il profilo diacronico che quello sincronico, è possibile che la stessa sia stata segnata dalla concomitante presenza di più finalità, solo alcune delle quali legittime. In queste evenienze, secondo la Grande Camera, il criterio da seguire è quello della predominanza dello scopo. Vi è differenza tra l'ipotesi in cui uno Stato utilizzi le restrizioni all'esercizio di un diritto secondo le finalità proprie di quest'ultimo – seppur conseguendo ulteriori vantaggi – e quella in cui «the prescribed purpose, while present, was in reality simply a cover enabling the authorities to attain an extraneous purpose, which was the overriding focus of their efforts»¹⁰³. Solo in quest'ultimo caso può dirsi integrata la fattispecie dell'art. 18 CEDU. Una restrizione, in altre parole, può essere compatibile con una disposizione sostanziale della Convenzione che la autorizza giacché persegue uno scopo consentito ai sensi della stessa, purtuttavia viola l'art. 18 CEDU qualora sia stata principalmente destinata a un altro obiettivo non previsto dalla Convenzione e tale sia stato predominante. *Ex adverso*, se lo scopo consentito era quello

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Corte EDU, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, Application no. 15172/13, 22 maggio 2014, p.ti 142-144.

¹⁰⁰ Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, p.to 314. Canone che richiede «first [...] the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or similar unrebutted presumptions of fact. Secondly, the level of persuasion required to reach a conclusion is intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made, and the Convention right at stake».

¹⁰¹ Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, p.to 317.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, p.to 303.

principale, la restrizione non si pone in contrasto con l'art. 18 CEDU anche se persegue – in minor parte – un altro fine illegittimo. Quale sia il proposito predominante, infine, «depends on all the circumstances. In assessing that point, the Court will have regard to the nature and degree of reprehensibility of the alleged ulterior purpose, and bear in mind that the Convention was designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society governed by the rule of law»¹⁰⁴.

Ancorché si possa apprezzare il tentativo dei giudici di offrire una chiave interpretativa che non escluda a priori lo sviamento del potere in presenza di finalità legittime, l'approccio in parola non è esente da criticità¹⁰⁵. Se la funzione dell'art. 18 CEDU è evitare qualunque forma di sviamento del potere attuabile mediante la previsione di limitazioni all'esercizio dei diritti per fini differenti da quelli convenzionalmente meritevoli di tutela, consentire agli Stati di perseguire scopi illegittimi fintantoché questi non assumano carattere predominante rischia di rivelarsi un *nonsense*. Una contraddizione che altresì contrasta con il dato letterale della norma che prescrive l'applicazione delle richiamate restrizioni *solo* allo scopo per cui sono state previste. In quanto eccezioni all'esercizio di un diritto o di una libertà, queste ultime debbono considerarsi un numero chiuso, tipizzate all'interno della disposizione da cui traggono origine. Nel momento stesso in cui si ammette che le autorità di uno Stato possano piegare ai propri obiettivi le limitazioni previste dalla Convenzione, almeno fino a quando non risultino prevalenti, significa rimettere nelle loro mani il potere stesso di manipolarla discrezionalmente a proprio vantaggio. Ma questa evenienza collide con la *ratio* della disposizione che proibisce qualunque forma di sviamento e crea una breccia nel tessuto della Convenzione, riducendone altresì l'impatto deterrente¹⁰⁶.

Il concetto stesso di predominanza, d'altronde, non è di facile definizione. Da un lato dipende da una pluralità di variabili, molte delle quali non calcolabili secondo parametri quantitativi. Qualitativamente, poi, è da escludere che la medesima condotta assuma (sempre) pari rilevanza in contesti differenti. Il rimando della Corte alla considerazione integrale delle circostanze del caso tenuto conto del loro *degree of reprehensibility* e del fine convenzionale di proteggere la democrazia e lo Stato di diritto non appare risolutivo, lasciando comunque alle autorità nazionali una consistente zona grigia entro la quale muoversi con un

¹⁰⁴ Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, p.to 307.

¹⁰⁵ Queste sono state puntualmente riassunte in un brano della *concurring opinion* del giudice Serghides il quale ha escluso che l'art. 18 CEDU possa ammettere – ancorché in misura recessiva – restrizioni che seguano scopi in contrasto con la Convenzione: «an interpretation of Article 18 which accepts an abuse of power would run counter to 'the aim of the Council of Europe', which is 'the achievement of greater unity between its members', pursued through 'the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms' [...] not only would an abuse of power not maintain and further realise human rights, nor even merely lower the standard of protection of such rights; it would rather amount to the destruction of the rights themselves. This, of course, would be the most serious setback human rights may face». Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, *Concurring opinion of Judge Serghides*, p.to 20.

¹⁰⁶ Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, *Concurring opinion of Judges Yudkivska, Tsotsoria and Vehabovic*, p.to 16.

discreto margine di libertà¹⁰⁷. Sotto questo profilo, dunque, un approccio meno lasco che avesse escluso qualunque forma di restrizione lesiva dei valori convenzionali, indipendentemente dalla loro prevalenza, avrebbe conferito alla norma una maggiore efficacia, rinviorendo l'immagine della Corte quale guardiana della democrazia e della *rule of law*.

Al netto di queste ultime considerazioni, l'ampliamento dei margini entro i quali considerare soddisfatta la dimostrazione probatoria ha comunque prodotto effetti positivi che si sono potuti apprezzare in successivi giudizi¹⁰⁸. Nel caso *Navalnyy v. Russia*, ad esempio, la Grande Camera, riformando parzialmente la decisione della Terza Sezione che aveva escluso lo sviamento di potere, ritenendo la questione assorbita dalla violazione della norma sostanziale, ha condannato il governo russo ai sensi dell'art. 18 in connessione con gli artt. 5 e 11 CEDU. Tra il marzo 2012 e il febbraio 2014, il ricorrente, famoso blogger e attivista politico, in occasione di alcuni raduni pubblici, pacifici benché non autorizzati, era stato arrestato, tradotto presso la stazione di polizia e successivamente condannato all'esito di procedimenti sommari di cui rivendicava l'illegittimità e il movente politico. In considerazione dei recenti mutamenti della cornice normativa dai quali emergeva un radicale restringimento delle libertà di riunione e di manifestazione,

¹⁰⁷ Conf. F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, cit. 138.

¹⁰⁸ Fra questi Corte EDU, *Aliyev v. Azerbaijan*, Applications nos. 68762 and 71200/14, 20 settembre 2018. Il ricorrente era un noto avvocato impegnato nella difesa dei diritti umani che aveva patrocinato diversi casi davanti alla Corte EDU e presidente della *Legal Education Society*, un'associazione non governativa che fra le sue funzioni svolgeva corsi di formazione per avvocati e giornalisti su questioni attinenti alla protezione dei diritti umani. Dopo aver presentato un *report* sullo stato dei diritti fondamentali in Azerbaijan durante un evento organizzato in occasione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, veniva arrestato. Fra le diverse accuse spiccava quella di evasione fiscale e appropriazione indebita per non aver registrato – quale Presidente dell'associazione – donazioni provenienti dall'estero, aver concluso accordi con altri enti al fine di reperire finanziamenti senza averne la competenza e non averli comunicati alle autorità ai fini dell'apposita registrazione. All'esito del procedimento veniva condannato a sette anni e mezzo di detenzione, successivamente ridotti a cinque e sospesi con la condizionale. La Corte, dopo aver accertato la violazione dell'art. 5, commi 1 e 4 CEDU – poiché l'arresto era stato disposto senza che vi fosse un ragionevole sospetto circa la commissione dei reati per cui era accusato e gli era stato negato un adeguato riesame dello stato di detenzione – e dell'art. 8 CEDU – in quanto le perquisizioni cui era stato sottoposto avevano riguardato illegittimamente aspetti della sua vita privata e professionale (fra cui documenti relativi alla sua attività di difensore) estranei al procedimento in corso – accertava la violazione dell'art. 18 in connessione con gli artt. 5 e 8 CEDU. In considerazione del suo speciale ruolo di difensore e promotore dei diritti umani, della sua cooperazione con le istituzioni del Consiglio d'Europa, della persistente opera di stigmatizzazione delle organizzazioni non governative ad opera dei rappresentanti della autorità azere, di una legislazione sempre più severa nei loro riguardi e del più ampio contesto in cui diversi attivisti avevano subito arresti secondo modalità tra loro assimilabili, il trattamento al quale era stato sottoposto indicava «that the authorities' actions were driven by improper reasons and the actual purpose of the impugned measures was to silence and to punish the applicant for his activities in the area of human rights as well as to prevent him from continuing those activities» (p.to 215). La condanna ai sensi dell'art. 18 CEDU, inoltre, trovava giustificazione nel possibile «chilling effect of those measures on the civil society at large, whose members often act collectively within NGOs and who, for fear of prosecution, may be discouraged from continuing their work of promoting and defending human rights» (p.to 213). Analogamente si veda Corte EDU, *Mammadli v. Azerbaijan*, Application no. 47145/14, 19 aprile 2018.

dalle modalità con cui erano stati eseguiti gli arresti e, in particolare, dalla sequenza degli eventi complessivamente attenzionati dalla quale emergeva un disegno persecutorio nei confronti del ricorrente, «the Court finds it established beyond reasonable doubt that the restrictions imposed on the applicant [...] pursued an ulterior purpose within the meaning of Article 18 of the Convention, namely to suppress that political pluralism which forms part of ‘effective political democracy’ governed by ‘the rule of law’, both being concepts to which the Preamble to the Convention refers»¹⁰⁹. L’illegittimo trattamento riservato dalle autorità ad Aleksey Navalnyy – non come privato cittadino, bensì nella sua qualità di popolare esponente di opposizione – non poteva dirsi limitato alla singola vicenda personale, ma perseguiva l’ulteriore scopo di dissuadere coloro i quali avessero deciso di manifestare pubblicamente contro il governo, sferrando un duro colpo alla stessa «essence of democracy»¹¹⁰.

Un responso equivalente si è avuto nella vicenda *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2). Il ricorso in questo caso era stato presentato da uno dei leader del *Partito Democratico dei Popoli* (HDP) turco, schieramento di opposizione che raccoglie al suo interno forze filo-curde, arrestato con diverse accuse fra cui incitamento all’odio, sostegno e propaganda in favore di gruppi terroristici. Benché la carcerazione preventiva trovasse giustificazione nella presenza di ragionevoli sospetti a suo carico, la sua prolungata estensione contrastava con l’art. 5, comma 3 CEDU violando anche l’art. 3, Protocollo 1. Nonostante avesse mantenuto lo *status* di membro del Parlamento, durante l’intero periodo di detenzione egli non aveva potuto prendere parte alle attività dell’Assemblea nazionale e ciò costituiva, «an unjustified interference with the free expression of the opinion of the people and with the applicant’s right to be elected and to sit in Parliament»¹¹¹. La violazione dell’art. 18 in collegamento con l’art. 5, comma 3 CEDU seguiva la prova «beyond reasonable doubt that the extensions of the applicant’s detention, especially during two crucial campaigns, namely the referendum and the presidential election, pursued the predominant ulterior purpose of stifling pluralism and limiting freedom of political debate, which is at the very core of the concept of a democratic society»¹¹². Come nel precedente caso *Navalnyy v. Russia*, nel giungere a tale conclusione, la Corte ha dato diretta applicazione ai principi enunciati nella decisione *Merabishvili v. Georgia*. Stante l’assenza di una prova diretta ed incontrovertibile, il fine politico dell’arresto è stato accertato grazie alla

¹⁰⁹ Corte EDU, *Navalnyy v. Russia*, p.to 175.

¹¹⁰ Corte EDU, *Navalnyy v. Russia*, p.to 174.

¹¹¹ Corte EDU, *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2), Application no. 14305/17, 20 novembre 2018, p.to 240.

¹¹² Corte EDU, *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2), p.to 273. Nella fattispecie il suo arresto, assieme a quello di diversi esponenti dello stesso partito, era stato disposto a breve distanza dalla conclusione di alcuni scontri armati tra le forze governative e membri del PKK – in concomitanza dei quali Selahattin Demirtaş si era espresso con discorsi a sostegno della popolazione curda – e successivamente all’approvazione di una disposizione costituzionale transitoria da parte dell’Assemblea nazionale con cui si disponeva la deroga al regime di immunità parlamentare nei confronti di coloro i quali l’autorità giudiziaria avesse inoltrato richieste di autorizzazione a procedere nei quindici giorni precedenti all’approvazione della stessa.

combinazione di più elementi: a) i *memorandum* redatti da istituzioni e organismi internazionali quali il Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, la Commissione di Venezia, Amnesty International e terze parti intervenute nel procedimento dai quali emergeva il crescente deterioramento della democrazia in Turchia segnato dall'aumento esponenziale degli arresti nei confronti di esponenti delle forze di opposizione; b) la tempistica con cui erano stati eseguiti gli arresti del ricorrente e di altri parlamentari di opposizione (in totale 154 di cui 55 del HPD) giacché ciò si era verificato a ridosso della campagna per il referendum costituzionale del 2017, prolungandosi oltre le successive elezioni presidenziali; c) la considerazione che l'ondata di arresti, compreso quello di Selahattin Demirtaş, si era verificata a seguito di alcune esternazioni pubbliche nelle quali il Presidente turco si era scagliato contro il partito del ricorrente per il suo sostegno alle violente proteste del PKK nell'estate del 2015 a conferma di un ambiente politico che «during the recent years has created an environment capable of influencing certain decision by the national courts, especially during the state of emergency»¹¹³.

3. La (possibile) integrazione di più strumenti

Fatte le considerazioni di cui sopra, in che modo la CEDU può divenire strumento di salvaguardia della democrazia e dello Stato di diritto dinanzi a violazioni sistemiche di quest'ultimo? Vi sono due possibili chiavi di lettura fra loro complementari: la Convenzione può essere utilizzata quale strumento *ex se* in grado di contrastare il proliferare di tali fenomeni, ovvero fungere da elemento di supporto e integrazione di altri istituti appositamente previsti.

L'art. 46 CEDU impone alle Alte Parti contraenti l'obbligo di conformarsi alle pronunce della Corte di Strasburgo, attribuendo al Comitato dei ministri il controllo sull'esecuzione. Ove ciò non avvenga, dopo aver messo formalmente in mora il Paese inadempiente, con un voto a maggioranza qualificata dei due terzi, quest'ultimo può adire la Corte perché accerti l'inadempimento e trasferisca la questione al Comitato medesimo affinché valuti le opportune misure da adottare. Recentemente (per la prima volta) il Comitato dei Ministri ha rimesso la questione al giudice di Strasburgo nei confronti di un Paese membro, reo di non essersi conformato alla sentenza con la quale era stata disposta nei suoi confronti la condanna ai sensi dell'art. 18 in combinato con l'art. 5 CEDU (causa *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*). In forza del dettato dei giudici, «a total or partial failure to execute a judgment of the Court can engage the State Party's international responsibility. The State Party in question will be under an obligation not only to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to take individual and/or, if appropriate, general measures in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court»¹¹⁴. Il fine ultimo consiste nella

¹¹³ Corte EDU, *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2), p.to 270.

¹¹⁴ Corte EDU, *Proceeding under Article 46 § 4 in the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, Application no. 151723/13, 29 maggio 2019, p.to 150.

restitutio in integrum, cioè nel ripristino delle condizioni precedenti alla violazione. Salvo i casi in cui la Corte disponga la necessità di specifici interventi, le sue decisioni hanno essenzialmente efficacia dichiarativa. Spetta agli Stati – sotto la supervisione del Comitato dei Ministri – decidere quali misure adottare, purché esse rispettino lo spirito e le conclusioni del *decisum*. Ove ciò non avvenga la palla passa all'organo politico del Consiglio d'Europa, cui è attribuito il compito di emanare «measures that are feasible, timely, adequate and sufficient to ensure the maximum possible reparation for the violations found by the Court»¹¹⁵. Allorché anche questo passaggio non produca effetti, potrebbe concretizzarsi la violazione del combinato disposto degli artt. 1 e 3 dello Statuto che postulano il principio di sincera collaborazione funzionale al perseguimento dei principi e degli ideali che rappresentano le basi su cui si fonda il Consiglio d'Europa, tra cui la democrazia e lo Stato di diritto. Si aprirebbe, dunque, la via sanzionatoria dettata dal successivo art. 8, che fra le diverse soluzioni, in estrema ipotesi, può condurre sino all'espulsione dello Stato contravventore¹¹⁶.

Un esempio concreto di quanto si va dicendo può essere individuato in una parziale rilettura della decisione *Baka v. Hungary* del giugno 2016 con cui la Grande Camera, sostanzialmente confermando la decisione della Seconda Sezione, ha condannato il governo magiaro per l'anticipata rimozione del Presidente della Corte Suprema a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione del 2011¹¹⁷. L'utilizzo della fonte costituzionale quale base giuridica della destituzione, oltre ad impedire al ricorrente la possibilità di sottoporre il provvedimento a controllo giudiziario in violazione dell'art. 6 CEDU, secondo la Corte poteva dirsi «the result of legislation whose compatibility with the requirements of the rule of law is doubtful»¹¹⁸. Poiché le disposizioni transitorie relative alla cessazione della carica e ai nuovi criteri di eleggibilità – che escludevano la possibilità di una sua nuova nomina – erano state inserite durante l'iter parlamentare solo dopo che il ricorrente aveva rilasciato dichiarazioni critiche nei confronti del progetto di riforma del sistema giudiziario, ciò costituiva un'interferenza illegittima all'esercizio della sua libertà di espressione (art. 10 CEDU). L'intromissione, considerate le circostanze, oltre a minare l'indipendenza del potere giudiziario alla cui base è posto il principio di inamovibilità, disvelava una sorta di intento punitivo foriero di determinare «a chilling effect in that it have discouraged not only him but also other judge and court presidents in future from participating in public

¹¹⁵ Corte EDU, *Proceeding under Article 46 § 4 in the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, p.to 155.

¹¹⁶ N. Neuwahl, S. Wheatley, *The EU and Democracy – Lawful and Legitimate Intervention in the Domestic Affairs of States?*, in A. Arnall, D. Wincott (eds.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford, 2002, 234.

¹¹⁷ Sulla questione si vedano, fra gli altri, K. Kelemen, *Baka contro Ungheria: la Corte EDU e l'indipendenza dei giudici*, in *Quad. Cost.*, 4/2016, 827 ss; C. Bologna, *Baka c. Ungheria: Strasburgo condanna il «pre-pensionamento» del Presidente della Corte suprema per le opinioni espresse*, in *Quad. Cost.*, 3/2014, 750 ss.

¹¹⁸ Corte EDU, *Baka v. Hungary*, Application no. 20261/12, 23 giugno 2016, p.to 121.

debate on legislative reforms affecting the judiciary and more generally on issues concerning the independence of judiciary»¹¹⁹.

Il mancato richiamo agli artt. 17 e 18 CEDU all'interno del ricorso ha *de facto* limitato il giudizio della Corte alle sole norme sostanziali. Per quanto rientri nelle sue prerogative il sollevamento d'ufficio delle stesse, nella pratica è assai raro che ciò avvenga. Nientemeno – alla luce dei nuovi parametri giurisprudenziali suesposti – è possibile intravedere un qualche spiraglio per la loro applicazione. Riguardo alla libertà di espressione, la rilevazione di chiari effetti dissuasori destinati ad espandersi oltre la singola vicenda rafforza l'idea che la destituzione del Presidente Baka abbia dissimulato un tipico *modus operandi* delle nuove *democrazie illiberali*, ovverosia la repressione del dissenso. La limitazione all'esercizio della libertà prevista all'art. 10 CEDU, perciò, lungi dal perseguire un fine legittimo in una società democratica, è stata invece apposta con il precipuo obiettivo di limitare il pluralismo che, a sua volta, rappresenta uno dei cardini imprescindibili del modello di democrazia fondata sul rispetto della *rule of law* in spregio all'art. 18 CEDU. Parimenti, anche la violazione dell'art. 6 CEDU pare difficilmente relegabile alla sola questione del negato accesso ad un giudice. Basti pensare che l'omologo provvedimento con cui è stata disposta la preventiva cessazione del mandato del Vicepresidente non è stato inserito all'interno delle disposizioni transitorie aventi rango costituzionale, bensì in fonti di grado inferiore suscettibili di consentirne l'impugnazione. L'insieme delle circostanze, quindi, evidenzia il fine abusivo perseguito dalle autorità ungheresi: rimuovere il Presidente della Corte Suprema in ragione del suo smarcamento dalla linea politica della maggioranza a scapito del principio della separazione dei poteri, dell'indipendenza della magistratura, nonché della *rule of law* in quanto tale, privandolo oltretutto di effettivi strumenti di tutela. Condizioni in presenza delle quali potrebbe configurarsi un'ipotesi di abuso di potere di cui all'art. 17 CEDU giacché l'azione statale pare essere stata improntata (quantomeno) alla previsione di limitazioni più estese di quelle previste dalla Convenzione¹²⁰.

Quanto proposto non è un esercizio fine a se stesso giacché trattasi di una vicenda processualmente conclusa. Al contrario, raffigura un esempio di quanto potrebbe essere lecito attendersi, o più correttamente sperare, dal prossimo futuro. Come puntualmente osservato dalla dottrina attenta alle vicende di Ungheria e Polonia – ormai divenuti archetipi di riferimento – le preoccupazioni non sono legate esclusivamente alle riforme che hanno intaccato gli organi di garanzia. I fronti della crisi sono molteplici e si dipanano sul piano dei diritti civili, politici e sociali, pregiudicando il libero esercizio di libertà fondamentali come quella di

¹¹⁹ Corte EDU, causa *Baka v. Hungary*, p.to 173.

¹²⁰ Sulla possibile applicazione dell'art. 17 in combinato disposto con l'art. 6 CEDU si rimanda alla decisione della Corte EDU, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan (No. 2)*, p.to. 254. Sebbene i giudici abbiano rigettato nel merito la questione in quanto manifestamente infondata, essendo stato invocato l'art. 6 CEDU al di fuori del suo ambito di applicazione, non ne hanno invero contestato l'ammissibilità *ratione materie*.

pensiero, espressione, associazione, riunione ed insegnamento, solo per elencarne alcune¹²¹.

All'interno dell'apparato convenzionale, sul piano pratico, l'accertamento dell'abuso o dello sviamento del potere è foriero di produrre effetti positivi sul versante dei rimedi statali in caso di condanna, allorquando si rilevi la portata sistemica della violazione alla *rule of law*. La Corte, o più propriamente il Comitato dei Ministri, si troverebbero nella condizione "privilegiata" di richiedere l'adozione di interventi su larga scala che mirino al ripristino dello *status quo ante* in considerazione della portata complessa della violazione, oltre il ristoro del ricorrente nella singola controversia. Provvedimenti destinati, dunque, ad estendersi sul piano legislativo/ordinamentale che rispettino lo spirito della pronuncia in *tutte* le sue declinazioni, specialmente quelle riguardanti la salvaguardia della democrazia e dello Stato di diritto, la cui mancata attuazione potrebbe spingere fino all'attivazione della procedura di cui all'art. 46 CEDU e alle relative conseguenze sanzionatorie.

Inoltre, rivolgendo lo sguardo all'Unione europea, potrebbero prodursi delle interazioni sinergiche con gli strumenti propri di quest'ultima. Scontati i limiti del procedimento d'infrazione *ex art. 258 TFUE* cui si è accennato (*supra* § 1.1), la relazione dialogica fra la Corte di Strasburgo e quella del Lussemburgo, può fornire solide basi a quest'ultima su cui strutturare una giurisprudenza che si ponga oltre la specifica *quaestio*, cogliendo il dato contestuale entro cui è generata e le conseguenze sistemiche che dalla stessa promanano. Prim'ancora, però, può rendersi utile in relazione al procedimento di cui all'art. 7 TUE. Com'è osservabile dai documenti della Commissione e del Parlamento UE con cui si è proceduto nei confronti di Polonia e Ungheria, fra le altre fonti, è significativo il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU. Trattasi, sino ad ora, di fattispecie riguardanti questioni singole, unitariamente inidonee a rivelare violazioni sistemiche, bensì utili ove associate ad altre risultanze probatorie. Al contrario, nell'ipotesi in cui la Corte di Strasburgo accertasse una sistemica violazione della *rule of law* in forza degli artt. 17 e 18 CEDU, l'efficacia probante assurgerebbe ad un livello più elevato, offrendo a Parlamento e Commissione (nella fase iniziale) e al Consiglio (in quella successiva) maggiori elementi in virtù dei quali agire, favorendo le condizioni del loro intervento¹²². Questi rimarrebbero ad ogni modo i *domini* della scelta finale considerata la natura politica dello strumento, purtuttavia qualora le risultanze contenute nella decisione si mostrassero difficilmente controvertibili, la loro eventuale inerzia diverrebbe più difficile da giustificare.

Il carattere essenzialmente poliedrico con cui si manifesta oggi il rigetto dei valori alla base del costituzionalismo liberaldemocratico getta un guanto di sfida nei confronti dei *canonici* strumenti di garanzia posti alla loro tutela. Dinanzi all'emergenzialità di tali fenomeni anche il loro utilizzo può essere oggetto di tensioni che ne favoriscano l'evoluzione. Gli artt. 17 e 18 CEDU nascono

¹²¹ M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1/2019, 167 ss.

¹²² Cfr. F. Gremmelpré, *The legal vs. political route to rule of law enforcement*, in *VerfBlog*, 29 May 2019.

guardando alle esperienze autoritarie del passato. Tuttavia, adeguatamente interpretati alla luce delle attuali minacce allo Stato di diritto, possono rappresentare una preziosa risorsa tanto nella cornice del Consiglio d'Europa che dell'Unione europea. Il concetto di democrazia non è limitabile al solo momento elettorale. Essa non può essere scissa dalla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali che a loro volta presuppongono il rispetto della *rule of law*¹²³. A ciascun Paese è rimesso un ampio margine di discrezionalità riguardo ai modi con cui raggiungere tali obiettivi in ossequio alle proprie tradizioni storiche, costituzionali, politiche e sociali. Ciò può rendere complesso individuare in presenza di quali condizioni e grado di intensità si giunga al punto di rottura che richieda l'intervento degli organismi sovranazionali. In alcun modo, però, può voler dire che determinati limiti non esistano. In Europa non vi è spazio per ordinamenti che rifuggano i valori della democrazia ed essa, a sua volta, o è liberale o non è democrazia¹²⁴. Questo assunto era ben noto a chi scrisse la Convenzione. Perciò decise di dotarla di due strumenti come quelli previsti agli art. 17 e 18 CEDU, per ricordare che certi principi non sono negoziabili.

¹²³ T. Ginsburg, A.Z. Huq, M. Versteeg, *The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, No. 2 (2018), 239. Sulla questione, diffusamente, Id., *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018.

¹²⁴ S. Wheatley, *Democracy in International Law: A European Perspective*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, April 2002, 235.

L'accesso delle donne alla magistratura dall'Assemblea Costituente italiana alla prospettiva europea.

di Daniele Granara, Chiara Fatta

Abstract: The access of women to the judiciary from the Italian constituent assembly to the European perspective – The study starts from the experience of women in the Constituent Assembly, in particular, of Angela Gotelli, who, with some other illustrious colleagues, played an active role in supporting the participation of women in the judiciary, which, finding no explicit mention in the Constitution, it remains entrusted to constitutional principles, up to Law 66/1963. Similarly, in France, every restriction on women's access to the judiciary was eliminated by the Law of 11 April 1946. At European level, women's access to the judiciary is of great importance, being linked to the prohibition of discrimination and the right to work protected by the ECHR, but the ECHR Court has not yet specifically expressed its opinion on the subject.

2403

Keywords: Constitutions and ECHR; Women; Judiciary; Prohibition of discrimination.

1. Il periodo “transitorio” e l'Assemblea Costituente. I lavori e la Commissione per la Costituzione (cd. “Commissione dei 75”)

Negli ultimi due secoli il potere costituente ha assunto varie espressioni, alternando le “forme legali” (costituite), portate a volte fino alle estreme conseguenze della Costituzione concessa o concordata, ai mutamenti rivoluzionari, espressivi di una sovranità popolare, tuttavia filtrata, nella maggior parte dei casi, da un'apposita Assemblea rappresentativa, quale *dominus* della transizione costituzionale, con il compito di elaborare direttamente o di coordinare l'elaborazione del testo costituzionale¹.

L'assemblea costituente è stata definita, in generale, come “un'assemblea rappresentativa, che è investita di poteri sovrani e ha per funzione istituzionale

¹ Per un approfondimento sul punto, cfr., A. GIOVANNELLI, *Assemblea costituente*, in *Enc. giur.*, III, 1989, 2 ss e P.G. GRASSO, *Potere costituente*, cit., 664 ss., che pongono in evidenza le varie manifestazioni del fenomeno assembleare, al fine di pervenire all'elaborazione di un nuovo ordinamento costituzionale. In particolare, il secondo classifica i procedimenti popolari per la formazione delle costituzioni scritte in tre tipi fondamentali: iniziativa costituente come derivato della decadenza del regime precedente, quale auto assunzione di un gruppo ristretto di soggetti (o organo dell'assetto anteriore e gruppo costituito *ex novo*); iniziativa costituente ad opera di governi provvisori insediati di fatto; procedimenti popolari storicamente attuati per la formazione e deliberazione delle carte costituzionali, tra cui rientrano le varie esperienze di Assemblea costituente.

Si rinvia a C. FATTA, *Il Diritto transitorio. Teorie, prassi e tecnica legislativa*, EAI – Edizioni Accademiche Italiane, Saarbrücken, 2015, 232 ss.

quella di fissare i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato", salvo le caratterizzazioni particolari delle singole esperienze, a seconda del periodo storico e dell'ordinamento di riferimento².

In particolare, è stato efficacemente affermato che l'attività svolta dall'Assemblea costituente deve riguardare essenzialmente due categorie di questioni: "la determinazione delle forme e modalità" per l'elaborazione della nuova Costituzione, "oppure la predisposizione delle norme strumentali e materiali dell'ordinamento futuro"³.

Nel caso dell'ordinamento italiano, il mutamento ordinamentale, che ha portato all'approvazione della Costituzione vigente, è stato posto in essere proprio mediante l'istituzione dell'Assemblea costituente ad opera dell'art. 1 del D.L.Lgt. 25 giugno 1944, n. 151⁴, in seguito alla caduta del regime fascista ed alla decisione di abbandonare (o quantomeno mutare profondamente), riscoprendo un intento non completamente nuovo per la storia d'Italia⁵, la previgente struttura dello Stato, con conseguente rinuncia a procedere alla ricostituzione dell'assetto istituzionale fondato sullo Statuto albertino ed instaurazione di un regime provvisorio, in attesa della elaborazione del nuovo⁶.

² Cfr. in proposito V. FALZONE, P. GROSSI, *Assemblea costituente italiana*, in *Enc. dir.*, III, 1958, 371.

³ In questo senso C. MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, in *Raccolta di scritti*, Vol. I, Milano, 1972, 297 ss. In particolare egli individua le condizioni di carattere generale che presiedono l'attività di una Assemblea costituente nella determinazione formale e materiale della nuova costituzione: i presupposti di fatto, i criteri di metodo relativi all'ordine di distribuzione del lavoro, i limiti sostanziali che circoscrivono la scelta delle soluzioni da adottare per l'organizzazione del nuovo Stato, le modalità di entrata in vigore della Costituzione.

⁴ In particolare, la disposizione stabiliva che "dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano, che a tal fine eleggerà, a suffragio universale, diretto e segreto, una assemblea costituente per deliberare al nuova costituzione dello stato".

⁵ Come rilevano V. FALZONE, P. GROSSI, *Assemblea costituente italiana*, cit., 371, tentativi di costituire un'assemblea costituente si ebbero a seguito dei moti del 1848 in varie parti della penisola, quali la deliberazione del Governo provvisorio lombardo del maggio 1848, che subordinava la fusione con gli stati sardi alla convocazione di una comune assemblea costituente, per discutere le basi di una nuova monarchia costituzionale, sotto la dinastia dei Savoia; le iniziative (popolare del Mordini e governativa del Montanelli) avutesi in Toscana per la convocazione di un'assemblea costituente a livello nazionale a Roma; addirittura l'elezione di un'assemblea costituente a suffragio universale nello Stato Pontificio, nei giorni 21.22 gennaio 1849, che iniziò i propri lavori, approvando un primo progetto di Costituzione, prima dell'ingresso delle truppe francesi in Roma; i progetti del Mamiani al Parlamento romano il 10 dicembre 1848 e del Gioberti al parlamento piemontese il 16 dicembre 1848 e il 10 febbraio 1849.

⁶ Per una ricostruzione degli avvenimenti storici del periodo di riferimento, cfr. V. FALZONE, P. GROSSI, *Assemblea costituente italiana*, cit., 370 ss, A. GIOVANNELLI, *Assemblea costituente*, cit., 4 ss, e C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848 – 1994*, cit., 389 ss.

In particolare, la predisposizione della costituzione provvisoria, quale peculiare e significativo elemento del passaggio ordinamentale (*rectius*, di formalizzazione della scelta di mutarlo), avvenne all'esito di vari periodi di transizione, susseguitsi a partire dalla caduta del regime fascista il 25 luglio 1943:

- dal 25 luglio all'8 settembre 1943, caratterizzato dal tentativo di restaurazione monarchica e di ritorno al sistema statutario;
- dall'8 settembre 1943 al 7 luglio 1944, caratterizzato dal conflitto tra le predette istanze monarchiche e quelle del C.L.N.;

L'elezione dell'Assemblea Costituente risponde, dunque, all'esigenza di profondo rinnovamento (ma non di cesura totale) rispetto all'ordinamento previgente, con la riscoperta e l'affermazione di quei valori di libertà, di uguaglianza e di pluralismo, che il regime fascista aveva oscurato.

Da tale spirito è permeata tutta l'esperienza dei padri costituenti, in cui si colloca anche l'attività di Angela Gotelli, a difesa dei soggetti "deboli", fossero essi persone o aree territorialmente svantaggiate.

In altri termini (e in ciò consiste il fondamentale elemento di peculiarità del mutamento costituzionale in esame, totale e parziale allo stesso tempo, rispettivamente nei confronti dell'ordinamento fascista e dello stato liberale ottocentesco), la scelta di modificare radicalmente la forma di stato deriva dalla presa di coscienza della impossibilità di giustiziare gli abusi e le violazioni delle libertà statutarie perpetrate dal regime fascista e restaurare al contempo il regime monarchico, investendone quella dinastia che si era fatta complice della dittatura, schermandosi dietro l'immunità garantita alla Corona dallo Statuto, e che non si era comportata quale garante dello Statuto medesimo, non tanto in quanto obbligata costituzionalmente ma in quanto potere forte e capace di garantire la liberalità dello stato⁷.

La decisione di addivenire ad un nuovo assetto costituzionale matura, pertanto, in un contesto che aveva dimostrato i limiti del precedente e che necessitava, quantomeno, di un potenziamento, se non del totale stravolgimento.

Quanto sopra trova conferma nel compromesso finale, il testo finale della Costituzione italiana, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, originato, come è noto, da istanze diverse e contrastanti, in particolare tre: la componente cattolica, rappresentata dalla Democrazia Cristiana, la componente operaia tradizionale del Partito Comunista e di una parte di quello socialista; la componente democratico liberale, ispirata alla tradizione risorgimentale⁸.

- il periodo dell'instaurazione della vera e propria Costituzione provvisoria, con il D.L.Lgt. 25 giugno 1944, n. 151, ordinamento che prende le distanze dall'ordinamento statuario ed istituisce, da un lato, l'Assemblea costituente e, dall'altro, una "nuova fonte per la manifestazione della suprema volontà dello Stato, costituita dal decreto legislativo", emanato dal Consiglio dei Ministri, sotto l'egida del Capo dello Stato;

- il periodo cd. "della Costituente", instaurato con il D.L.Lgt. 16 marzo 1946, n. 98, e volto a coordinare le previsioni del precedente, in ordine al potere legislativo provvisorio, con l'istituzione dell'organo Assemblea Costituente che, per la sua natura rappresentativa, non poteva essere estraniato dall'esercizio di detta funzione fino all'entrata in funzione del Parlamento della Repubblica e che pertanto acquisiva la competenza di controllo politico sul potere esecutivo, quella legislativa in materia costituzionale, elettorale e di approvazione dei trattati internazionali, mentre al governo restava la competenza normativa residuale da esercitare nelle forme previste dal D.L.Lgt. n. 151/1944.

⁷ Come sottolinea C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848 – 1994*, cit., 391, "l'idea che la monarchia dovesse essere garante dello Statuto non si fondava su alcuna norma di questo ma solo sulla interpretazione liberale della costituzione", né avrebbe mai potuto desumersi dalla prassi applicativa dello stesso, che aveva vissuto alterne vicende, dall'imposizione delle prerogative regie al Parlamento alla supina sottomissione alle decisioni assunte dalla classe politica.

⁸ Tant'è vero che le varie parti politiche di questa fase storica sono state definite vere e proprie parti "contraenti" del patto su cui si basava il nuovo ordinamento giuridico, sorto dalle ceneri del caduto regime fascista (A. GIOVANNELLI, *Assemblea costituente*, cit., 5). Per un approfondimento sul punto, anche in ordine alle parti della Costituzione che risentono di più

Tra queste, le prime due erano quelle che si erano fatte portatrici di intenti innovatori sia, ovviamente, nei confronti del regime fascista sia riguardo al previgente ordinamento statutario, mentre la terza, che poi prevarrà, mirava a mantenere la continuità dello Stato, “fondata sulla visione della Resistenza come di un secondo Risorgimento”⁹, con il fine di garantire lo sviluppo dell’ordinamento liberale statutario, in un’ottica di completamento e perfezionamento dello stesso, con particolare riguardo ai diritti di libertà (prima previste per l’*élite* borghese e da estendere ora a tutti individui).

Il nuovo testo costituzionale, elaborato dall’Assemblea Costituente, per la sua natura compromissoria, contiene quindi, da un lato, disposizioni che si legano direttamente all’ordinamento statutario originario¹⁰, volute dalla (prevalente) componente democratico – liberale dell’Assemblea Costituente e altre, totalmente innovative, determinate dalle restanti componenti dell’Assemblea, che testimoniano la cesura tra la nuova costituzione ed il precedente regime fascista e che, non a caso, determineranno i maggiori problemi di attuazione e manifesteranno la necessità di elaborare disposizioni transitorie.

Il mutamento ordinamentale italiano del secondo dopoguerra presenta dunque una natura bifronte che si riflette sulle disposizioni costituzionali, anch’esse bipartite, pur con la prevalenza delle istanze liberaldemocratiche derivante dalla composizione e dall’organizzazione stessa dell’organo costituente¹¹.

Ripercorrendo la cronologia essenziale dell’esperienza costituente, dopo la sua istituzione ai sensi del sopra richiamato art. 1 del D.L.Lgt. n. 151/1944, l’elaborazione della legge elettorale e la convocazione della stessa, nonché lo svolgimento di studi preliminari sui problemi che la stessa avrebbe dovuto affrontare, furono affidati, rispettivamente, alla Consulta Nazionale e al Ministero per la Costituente¹².

dell'impronta delle varie componenti, cfr. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848 – 1994*, Bari, Laterza, 2006, 414 ss.

⁹ Così C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848 – 1994*, cit.

¹⁰ D'altra parte lo stesso *referendum* istituzionale costituì l'applicazione di uno strumento già previsto ed utilizzato (seppur con poca frequenza e poca fortuna) nello stato liberale.

¹¹ La volontà dei democratico – liberali di assicurare la continuità con l'ordinamento statutario si era manifestata altresì nell'azione del capo del Governo Bonomi che, prima della convocazione della Costituente, volle nominare i presidenti delle due (pur inesistenti al momento) assemblee legislative, nelle persone del marchese Tomasi della Torretta, per il Senato, e di Vittorio Emanuele Orlando, per la Camera, scelta che è stata letta, in particolare da C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848 – 1994*, cit., 399, come sottolineatura del “rapporto ideale che avrebbe legato la Camera dei deputati dello stato liberale risorgimentale a quella che, dopo la convocazione della Costituente, sarebbe stata liberamente eletta da popolo italiano”.

¹² Istituito con D.L.Lgt. 31 luglio 1945, n. 435. La legge elettorale per la costituente fu poi emanata con D.L.Lgt. 10 marzo 1946, n. 74 e, come ci ricordano V. FALZONE, P. GROSSI, *Assemblea costituente italiana*, cit., 373, era fondata su un sistema proporzionale con “collegi plurinominali con liste concorrenti. Nell'ambito di ciascun collegio i seggi erano attribuiti mediante la determinazione di un quoziente elettorale, che era corretto con “più uno” o con “più due”, a seconda che i seggi superassero o no il numero di 20. Un collegio unico nazionale era infine istituito allo scopo di provvedere, sulla base dei voti residuali ottenuti da ciascuna lista, all'assegnazione dei seggi che fossero rimasti non attribuiti nei vari collegi”.

Con D.L.Lgt. 16 marzo 1946, n. 98, fu indetto il *referendum* istituzionale e stabiliti i poteri e la durata dell'Assemblea Costituente e con D.L.Lgt. n. 99 in pari data furono convocati i comizi elettorali per il 2 giugno 1946, per lo svolgimento del *referendum* e per l'elezione della Costituente.

All'organizzazione dell'assemblea ed alla fissazione delle modalità di funzionamento della stessa, furono dedicate le prime sedute (eccetto la prima del 25 giugno 1946, presieduta dal deputato decano Vittorio Emanuele Orlando, dedicata alla elezione del presidente dell'Assemblea, nella persona di Giuseppe Saragat¹³).

Tale compito organizzativo non fu semplice da assolvere per una serie di cause concomitanti ed, in particolare, la “unicità” dell'esperienza costituente (già tentata ma mai attuata) a cui si aggiungeva la mancanza di un progetto in qualche misura precostituito, nonché l'elevato numero complessivo di componenti, non tutti giuristi e comunque portatori di istanze diverse e talvolta contrastanti, come già si è avuto modo di osservare.

Data la predetta difficoltà, era inevitabile che fossero favoriti nel giungere alla soluzione coloro che possedevano la maggiore preparazione tecnico-giuridica ed esperienza, coincidenti con la componente democratico – liberale.

Alla luce delle sopra rilevate difficoltà organizzative, la prima ripartizione interna fu la nomina, in occasione della quarta seduta dell'Assemblea, in data 15 luglio 1946, su base proporzionale alle varie componenti politiche, della nota “Commissione dei 75”, presieduta da Meuccio Ruini¹⁴, incaricata di elaborare entro tre mesi il progetto di Costituzione, ma che in realtà lavorò ben oltre il termine previsto del 19 ottobre 1946 e diventò l'organo fondamentale della Costituente, anche con funzione di coordinamento per il progetto definitivo.

Il secondo passo fu la ulteriore sottoripartizione della predetta Commissione in tre sottocommissioni (“Diritti e doveri dei cittadini”, “Ordinamento costituzionale della Repubblica” e “Diritti e doveri economico – sociali”), in seguito a loro volta sotto ripartite, per tentare di riequilibrare la mole di lavoro, rivelatasi più gravosa del previsto e non adeguatamente bilanciata tra le tre sottocommissioni¹⁵.

L'istruttoria proseguì quindi fino al 31 gennaio 1947, data di presentazione

¹³ È questo il momento in cui si realizza l'ideale continuità, prefigurata dalla corrente liberale tra il precedente Presidente della Camera Orlando (nominato nella maniera singolare vista sopra) ed il Presidente della Costituente, e che culminerà con le elezioni della prima Camera repubblicana.

¹⁴ Non a caso esponente dell'area democratico – liberale, così come il segretario Perassi, giuristi di alto livello e consapevoli dell'irrinunciabilità degli principi fondamentali dello stato liberale, che vennero poi mantenuti. Sul punto cfr. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848 – 1994*, cit., 412.

¹⁵ In particolare, la prima era presieduta da Tupini, la seconda da Terracini e la terza da Ghidini. La seconda, a cui spettava l'elaborazione della parte maggiore e più impegnativa, fu a sua volta ripartita in due Sezioni, dedicate, rispettivamente al “Potere Esecutivo” e al “Potere Giudiziario”, ed infine il progetto articolato per la parte regionale fu affidato ad un comitato ristretto, presieduto dall'Ambrosini. Il tutto sotto l'egida di un “Comitato di Coordinamento” (anche “Comitato dei 18” e “Comitato di redazione”), che da semplice organo di raccordo divenne il vero e proprio motore dei lavori e organo chiave per il “compromesso”, sotto la Presidenza diretta di Ruini.

del progetto di Costituzione, che rimase all'ordine del giorno dal 4 marzo al 22 dicembre, data della sua approvazione definitiva, all'esito di un percorso complesso che aveva richiesto ben due proroghe alla durata dell'Assemblea Costituente, al fine di consentire al chiusura dei lavori, seppur in forza dell'esercizio di poteri legislativi da parte dell'Assemblea medesima, non esenti da criticità, ma giustificati in ultima istanza dalla necessità di adempiere al proprio compito¹⁶.

Di non poco momento, è la terza proroga, inserita nel testo della Costituzione ed, in particolare, nella XVII disposizione transitoria, che prevede due distinte *prorogationes*: l'una per deliberare le leggi per l'elezione del Senato, sugli statuti regionali speciali e sulla stampa¹⁷, l'altra per eventuali attività di legislazione ordinaria e per l'elezione del Capo dello Stato.

2. Angela Gotelli nell'Assemblea Costituente: il dibattito sull'accesso delle donne alla Magistratura

Quando il Deputato Angela Gotelli entra a far parte della Costituente¹⁸, in luogo

¹⁶ In particolare, la durata prevista per l'Assemblea era dal 16 marzo 1946 al 24 febbraio 1947. In forza della prima proroga, poté lavorare fino al 27 giugno 1947 (l. cost. 21 febbraio 1947, n. 1) e grazie alla seconda (l. cost. 17 giugno 1947, n. 2) fino al 31 dicembre 1947. Per un approfondimento sul punto, cfr. V. FALZONE, P. GROSSI, *Assemblea costituente italiana*, cit., 375 e 377 ss.

¹⁷ Seppur con il limite del rispetto della nuova Costituzione ormai vigente ed a mero scopo integrativo e di completamento di quanto già stabilito.

¹⁸ Angela Gotelli (Albareto (PR), 28.02.1905 – 20.11.1996), di origini liguri, laureata in Lettere e insegnante di professione, fu una delle ventuno donne elette in Assemblea Costituente, alle prime elezioni politiche libere del 2 giugno 1946, nella Circoscrizione di Genova per la lista Democratica Cristiana, proclamata il giorno 11 giugno 1946, convalidata il 16 luglio successivo, e in carica fino al 31.01.1948. La sua presenza nella Commissione per la Costituzione è attestata a partire dalla seduta dell'Adunanza Plenaria di sabato 25 gennaio 1947, anche se il subentro è indicato dal portale storico della Camera dei Deputati (<http://storia.camera.it/#nav>) in data 6 febbraio 1947.

Dopo l'esperienza nell'Assemblea Costituente, nella quale Angela Gotelli aveva dato prova delle proprie non comuni intelligenza e capacità, la stessa ebbe modo di proseguire la sua opera nelle prime tre legislature della Repubblica, nella quali fu molto attiva, ricoprendo anche posizioni di rilievo e di responsabilità.

In particolare, nella I Legislatura (08.05.1948 - 24.06.1953), quale membro del gruppo Democratico Cristiano, fu componente delle Commissioni parlamentari Difesa, Lavori Pubblici, Vigilanza sulle radiodiffusioni, Istruzione e belle arti.

Nella II Legislatura (25.06.1953 - 11.06.1958) fece parte della Commissione istruzione e belle arti e di due Commissioni speciali: per l'esame del disegno di legge n.71: "*Conversione in legge del decreto legge 21 giugno 1953, n.451, recante disposizioni sugli scrutini e sugli esami nelle scuole secondarie per l'anno scolastico 1952-1953*" e per l'esame del disegno di legge n.1264: "*norme in materia di locazioni e sublocazioni di immobili urbani*" e delle proposte di legge in materia di locazioni e sfratti.

Nella III Legislatura fu ancora membro della Commissione istruzione e belle arti, ma anche delle Commissioni igiene e sanità pubblica, lavoro – assistenza e previdenza sociale – cooperazione, affari della Presidenza del Consiglio – affari interni e di culto – enti pubblici, finanze e tesoro. Ebbe anche quattro incarichi di Governo: fu Alto Commissario per l'igiene e la Sanità Pubblica e Sottosegretario di Stato alla Sanità nel II Governo Fanfani; Sottosegretario di Stato al Lavoro e alla Previdenza Sociale nel II Governo Segni e Sottosegretario di Stato alla Sanità nel I Governo Tambroni.

Tali incarichi, nell'ambito dell'istruzione, della sanità pubblica, del lavoro e della previdenza sociale, indicano le materie di prevalente interesse e attività di Angela Gotelli sia nella vita

(era insegnante e impegnata socialmente, nell'aiuto dei più deboli, praticando i valori cristiani, nonché gli insegnamenti della Scuola dossettiana) sia in politica, dove si impegnò alacremente in tali ambiti per migliorare le condizioni di lavoro e di vita delle persone, interessandosi anche – ma non solo – alle problematiche del proprio territorio di origine.

Si può affermare che, dall'amicizia con Alcide De Gasperi e Aldo Moro, Angela Gotelli imparò che, come tutti i grandi statisti, quando arrivano a posizioni di responsabilità molto elevate, non dimenticano mai la propria terra d'origine, e così fece lei, avendo sempre presente le terre di Liguria, della Val di Magra e della Val di Taro.

È appunto il caso di Alcide De Gasperi che, trattando la questione altoatesina, unì il destino del Trentino a quello dell'Alto Adige, pur non essendovi ragioni particolari di autonomia speciale per il Trentino.

La regola sancita da De Gasperi e sempre applicata fu la piena parità tra le due Province Autonome, specialmente con riguardo alle risorse a queste destinate dallo Stato italiano.

Tra i numerosi progetti di legge presentati ed interventi, che evidenziano la modernità del suo pensiero, si segnalano innanzitutto quelli che evidenziano l'attenzione di Angela Gotelli per i problemi, per così dire, "contingenti" dell'epoca, come le "alluvioni e piene dell'estate 1948 in Piemonte, Liguria ed Abruzzi" (il disegno di legge n. 109 fu discusso nella seduta della Commissione VII Lavori Pubblici del 16.12.1948, per assumere i provvedimenti necessari, essenzialmente di carattere economico, per i danni causati dagli eventi calamitosi di quell'anno. In tale occasione Angela Gotelli ebbe modo di rilevare la gravità della situazione, il pericolo per la popolazione e la "sproporzione paurosa tra l'entità dei danni ed i soccorsi", sia sotto il profilo di aiuto economico sia sotto quello infrastrutturali, con conseguente necessità di allertare i Ministeri competenti) e quelle del 19 settembre 1953 nelle province di Genova e Piacenza (Angela Gotelli fu tra i firmatari della proposta di legge speciale n. 266, annunciata il 15 ottobre 1953, al fine di stabilire idonee misure finanziarie per soccorrere le comunità colpite e favorire la ricostruzione e la ripresa economica delle aree interessate dalle alluvioni). Si segnala anche la problematica del pericolo e dei danni a persone e cose, a causa della presenza di ordigni di guerra inesplosi, sparsi per il territorio nazionale (Angela Gotelli intervenne, nella seduta della Commissione VI Istruzione e Belle Arti del 1°.10.1952 in favore della proposta di legge S. 2310 - Norme per salvare i ragazzi d'Italia dalla deflagrazione di ordigni di guerra - 2822, Approvata dalla VI Commissione permanente del Senato, evidenziando la bontà del provvedimento, per quanto inidoneo a scongiurare gli incidenti che quotidianamente si verificavano), nonché, qualche tempo dopo, la questione dei rischi alla "salute dell'intera umanità" conseguenti alle sperimentazioni di armi atomiche da parte dell'Unione Sovietica all'inizio degli anni Sessanta (Cfr. in proposito l'intervento di Angela Gotelli, di altissimo livello e di (allora) insospettabile attualità, nella seduta della Camera dei Deputati del 9 novembre 1961).

Molteplici proposte e interventi di Angela Gotelli si registrano in materia di Istruzione, come la proposta di legge n. 1552, annunciata il 14 aprile 1955, recante "*Provvedimenti a favore della Scuola elementare in montagna*" (come risulta dalla relazione dell'On. Savio, la motivazione di tale provvedimento è legata allo spopolamento e all'impoverimento delle zone di montagna, a cui si accompagna la depressione scolastica e culturale della popolazione, essendo il fattore economico e culturale strettamente connessi. Pertanto, il legislatore si pone l'obiettivo di eliminare le disuguaglianze nell'accesso all'istruzione, adeguando i programmi e l'orario scolastico alle esigenze di dette zone e delle famiglie che vi abitano, in quanto "la scuola per essere viva deve aderire alla realtà della vita e sviluppare l'interesse dello scolaro per ciò che di concreto si è ottenuto e di concreto si può raggiungere". Pari attenzione, in ragione delle particolari esigenze che si presentano nel prestare servizio in tali zone disagiate, deve essere riservata agli insegnanti, con adeguati benefici economici e previdenziali) e quella n. 2826, annunciata il 29 marzo 1957, recante "*Norme per il riordinamento dei patronati scolastici*" (in relazione ad essi, ci si interroga sulla loro effettiva capacità di risposta - ritenuta ancora insufficiente, in ragione di scarsità di risorse finanziarie e di mancanza di specifica preparazione tecnica dei suoi organismi esecutivi - al bisogno dei fanciulli, che devono adempiere all'obbligo scolastico, spesso non adempiuto).

Interessante è, altresì, la proposta di legge n. 1191 annunciata il 26.10.1964, per iniziativa anche del Deputato Angela Gotelli, per la istituzione della zona industriale della Spezia, al fine di consentire la ripresa economica della città "al terzo posto fra le città più disastrose dalla guerra nel nostro Paese", comprendente i Comuni di La Spezia, Arcola, Sarzana, Ameglia, Castelnuovo Magra, Vezzano Ligure, Bolano, Follo e Santo Stefano di Magra.

Un altro ambito di interesse, per Angela Gotelli (forse anche per la professione del padre, medico condotto ad Albareto e la conoscenza delle problematiche di tale settore) è quello medico-sanitario e assistenziale, accentuato nel corso della III Legislatura, anche in ragione degli incarichi di governo rivestiti, come Sottosegretario alla Sanità e alla Previdenza sociale. In proposito, si segnala, per quanto riguarda il settore agricolo, durante la I Legislatura, la sottoscrizione della proposta di legge n. 143 del 22.10.1948, per estendere l'assistenza malattia ai coltivatori diretti, da sempre oggetto di trattamento deteriore rispetto alle altre categorie di lavoratori dipendenti.

Inoltre, l'On. Gotelli sottoscrive la proposta di legge n. 2484 del 25.01.1952, per "*Ampliamento del piano di costruzione di case per lavoratori INA – Casa*".

Ancora, di rilievo per l'epoca è la proposta di legge n. 3079 del 14.12.1952, per la "*organizzazione della raccolta di fondi per la lotta contro i tumori*", già allora una delle principali cause di morte nella società.

Si segnala, altresì, durante la III Legislatura, essendo Angela Gotelli Sottosegretario di stato per la sanità, il disegno di legge n. 2162, per il riconoscimento del servizio sanitario prestato in ospedali italiani all'estero, la cui attestazione, secondo la Gotelli, deve essere di competenza del Ministro della Sanità.

L'ambito assistenziale si unisce con l'interesse per il mondo femminile nella "*Istituzione dei collegi delle Infermiere Professionali e delle Assistenti Sanitarie Visitatrici*", di cui alla proposta di legge n. 2852 del 18.07.1952, per tutelare due particolari e preziose categorie del personale sanitario (nello stesso senso si collocano i provvedimenti in favore della Croce Rossa, come la proposta di legge n. 3112 del 23.12.1952, per l'applicazione in suo favore di un contributo sui premi di alcune assicurazioni, nonché la proposta di legge n. 2416 del 20 luglio 1956, recante "*Provvedimenti a favore delle infermiere volontarie della Croce Rossa Italiana*", che prevede il rilascio del certificato di abilitazione ad infermiere generico, prescindendo dall'obbligo della frequenza dei corsi e della partecipazione agli esami, alle infermiere volontarie della Croce Rossa Italiana, che abbiano prestato almeno due anni di servizio effettivo).

In tal senso, si muove anche la proposta di legge n. 2709 del 13 gennaio 1961, per il "*Riordinamento dell'Ente nazionale di previdenza e assistenza alle ostetriche e miglioramento del trattamento previdenziale*" di tale figura professionale, molto importante, specie per la pratica, allora ancora prevalente, del parto domestico, e invece poco tutelata. L'interesse di Angela Gotelli per tale figura si era già manifestato con la proposta di legge n. 2083, annunciata il 28 febbraio 1956, relativa a modifiche dell'ordinamento delle scuole di ostetricia, nel senso di elevarne la preparazione tecnica.

In proposito si ricorda altresì la "*Costituzione di un corpo di polizia femminile*", di cui alla proposta di legge n. 1701 del 24.06.1955, volta ad impiegare personale più sensibile a trattare con soggetti problematici del mondo femminile e dell'adolescenza.

Altra interessante proposta di legge sottoscritta da Angela Gotelli è volta, in attuazione degli artt. 35 e 38 Cost., a risolvere l'annoso problema - perverso ancora attuale - della tutela previdenziale delle donne casalinghe, essendo privo il lavoro domestico di definizione e di rilevanza giuridica (cfr. la proposta di legge n. 1737 del 23 luglio 1955, che afferma un concetto di lavoro femminile estremamente moderno, come elemento "decisivo nella vita della donna").

Durante la II Legislatura, si rileva l'attenzione di Angela Gotelli per l'infanzia, con la sottoscrizione di proposte di legge a tutela dei figli illegittimi, specie quelli abbandonati e non riconosciuti (cfr. la proposta di legge n. 916, annunciata il 25 maggio 1954, recante "*Modifica all'articolo 411 del Codice civile*", in cui si prevede di limitare a tre anni dalla nascita la possibilità per il genitore naturale di riconoscere il bambino affidato ad una famiglia, onde evitare un inutile trauma psicologico ad entrambi, nonché per favorire l'affiliazione dei bimbi abbandonati), degli orfani di guerra (cfr. la proposta di legge n. 2429, annunciata il 21 luglio 1956, recante "*Modifiche alla legge 26 luglio 1929, n. 1397, istitutiva dell'Opera nazionale per gli orfani di guerra*"), ivi compresa la proposta di un più significativo contributo statale all'U.N.I.C.E.F. (cfr. la proposta di legge n. 2114, annunciata l'8 marzo 1956, recante "*Contributo del Governo italiano al Fondo internazionale delle Nazioni Unite per l'infanzia (U.N.I.C.E.F.)*", affinché l'Italia partecipi - secondo le parole di Angela Gotelli - "per la prima volta, di un atto di solidarietà internazionale di cui finora è stata soltanto prevalentemente beneficiaria"), delle famiglie numerose (proposta di legge n. 2492, annunciata il 23 ottobre 1956, recante "*Provvedimenti a favore delle famiglie numerose*", in attuazione dell'articolo 31 Cost., con l'intento di disciplinare organicamente le provvidenze "a seconda che attengano alle esigenze sociali di accesso al lavoro e alla casa, all'istruzione, agli obblighi militari e agli oneri

del dimissionario Carmelo Caristia¹⁹, la discussione sul progetto di Costituzione è alle sue battute finali ed è in corso l'accesso dibattito sul potere giudiziario ed, in particolare, sull'accesso delle donne alla magistratura²⁰.

tributari), nonché sul controllo della stampa destinata all'infanzia e alla adolescenza, ai fini di una corretta educazione ai valori civili e morali (si veda la proposta di legge n. 1964, annunciata il 17 dicembre 1955, che intende, ad esempio, evitare le pubblicazioni che incitano alla violenza).

L'interesse per l'istruzione, il mondo femminile e l'infanzia si coniugano nella proposta di legge n. 3393 del 19 dicembre 1957, per il riconoscimento del diploma di scuola magistrale come titolo di studio di II grado, per la valorizzazione di tale formazione specifica, per l'insegnamento nelle scuole di grado preparatorio (asili, giardini d'infanzia, scuole materne).

Trattasi di progetti e proposte di legge, che testimoniano un modo di pensare, che poi si diffuse, ma che allora non era per nulla scontato.

Da tutta l'attività di Angela Gotelli, antifascista e repubblicana, emerge una figura di donna straordinaria, consapevole dei problemi della sua terra e, più in generale, del Paese, che, nel secondo Dopoguerra, si trovava nella necessità di costruire una forma di stato, nuova e diversa dalle precedenti, sia dalla monarchia sia dal regime fascista, che la prima aveva in certo modo agevolato.

Angela Gotelli, pur provenendo da una famiglia borghese, si rendeva conto dell'importanza di tutelare le fasce più deboli ed, in particolare, di estendere a queste la cultura, ma non un acculturamento purché sia e quale che sia, ma orientato dai criteri (espressi nell'art. 34 Cost.) della capacità e del merito.

Nell'attuale situazione di permanente crisi economica, i servizi (dall'istruzione alla previdenza sociale), che furono garantiti con l'avvento della Repubblica, anche grazie all'intervento di figure come Angela Gotelli, di cui siamo debitori, conducendo il Paese ad uno stato di benessere, si stanno progressivamente riducendo, anche per il sempre più grave inadempiamento delle Istituzioni alla loro precipua funzione di servizio ai cittadini.

L'insegnamento di Angela Gotelli, estremamente attuale e che può costituire se non la soluzione almeno il criterio orientativo, nei limiti delle risorse attualmente disponibili, per superare la crisi economica, sociale e morale del Paese, è riassumibile nell'attenzione ai più deboli, nell'efficienza ed economicità dei servizi pubblici e nell'adempimento da parte delle Istituzioni della loro missione nei confronti dei cittadini, che è l'unica ragione della loro esistenza.

¹⁹ Nato a Caltagirone (Catania, Sicilia) il 1 settembre 1881 e deceduto il 18 settembre 1969. Laureato in giurisprudenza e professore di Diritto pubblico e di Diritto Costituzionale nell'Università di Catania, fu altresì attivo come pubblicista, coltivando in particolare gli studi in diritto pubblico e in storia delle dottrine politiche. Membro fondatore del Partito popolare, antifascista, durante il regime si dedicò allo studio, isolandosi dalla vita politica, approfondendo lo studio dello "stato di diritto". Dopo la caduta del regime fascista riprese, fin dal 1944, l'attività politica nelle file della Democrazia cristiana e fu eletto deputato all'Assemblea costituente nel collegio di Catania. Entrò poi a far parte della "Commissione del 75", esperienza politica di cui ha lasciato egli stesso una vivace descrizione, dove fa anche riferimento ai suoi dissensi con esponenti della sua stessa parte politica (in particolare con G. La Pira e con A. Moro) e da cui traspare una coscienza di cattolico capace di sentire profondamente alcune istanze del mondo laico. Fu successivamente eletto senatore nelle prime tre legislature repubblicane. In tale veste fece sempre parte della commissione della Pubblica Istruzione del Senato.

Della sua lunga esperienza parlamentare, ha espresso egli stesso un giudizio complessivo nelle sue Cronache costituzionali: "Inclinerei a credere che la mia non breve attività parlamentare mi volge a pensieri poco lieti. All'infuori dell'esperienza tratta dalla biblioteca che mi fu di buon nutrimento e a parte la gran gentilezza e la non men grande preparazione del personale" (cfr. G. REBUFFA, *Dizionario Biografico degli Italiani*, Volume 20, Treccani, 1977, reperibile *on line* all'indirizzo http://www.treccani.it/enciclopedia/carmelo-caristia_%28Dizionario-Biografico%29/, che cita C. CARISTIA, *Cronache costituzionali*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze 1959, III, pp. 469-480).

²⁰ Le disposizioni costituzionali sul potere giudiziario furono discusse, dalla Seconda Sezione della Seconda Sottocommissione, dal 5 dicembre 1946 al 27 gennaio 1947, precisamente nelle sedute dei giorni 5, 6, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20 dicembre 1946; 9, 10, 11, 27 gennaio 1947;

Pur appartenendo, nella suddivisione dei lavori sopra indicata, alla Prima Sottocommissione, sui diritti e doveri dei cittadini²¹, in linea con l'indirizzo prevalente della sua attività, incentrata sui temi della famiglia, dell'istruzione e della tutela dei soggetti deboli, in adunanza plenaria, Angela Gotelli, insieme con Leonilde Iotti e Maria Federici (anch'esse assegnate, rispettivamente, alla Prima Sottocommissione e alla Terza), svolse un ruolo attivo per sostenere, in ossequio al principio di uguaglianza, la partecipazione delle donne al potere giudiziario.

La disposizione in discussione, nella seduta del 31 gennaio 1947, era l'allora art. 98 del progetto costituzionale²², ai sensi del cui comma 1, *“i magistrati sono nominati con decreti del Presidente della Repubblica, su designazione del Consiglio Superiore della Magistratura, in base a concorso seguito da tirocinio. Possono essere nominate anche le donne nei casi previsti dalle norme sull'ordinamento giudiziario”*.

Nulla quaestio sul modulo concorsuale per l'accesso²³, ritenuto il sistema maggiormente in linea con lo spirito della nuova Costituzione e i suoi principi fondamentali, in particolare l'uguaglianza, il dibattito, connotato anche da toni accesi (seppur sempre di livello elevato ed improntato al rispetto degli interlocutori), si concentrò sul secondo periodo dell'art. 98, comma 1, sopra citato ed, in particolare, oltrechè sulla opportunità *tout court* della presenza delle donne in Magistratura, anche (in caso di apertura dell'accesso a queste) sulla necessità o meno di un espresso riferimento nella Costituzione (potendo ritenersi sufficiente il principio di uguaglianza, nonché il diritto di accesso alle cariche elettive e agli uffici pubblici, previsto dall'allora art. 48 del progetto di Costituzione e oggi

dall'Adunanza Plenaria della Commissione dei 75, il 30 e 31 gennaio 1947; dall'Assemblea i giorni 6, 7 ant. e pom., 8, 11 ant. e pom., 12 ant. e pom., 13, 14 ant. e pom., 15 novembre 1947 (discussione generale su Magistratura e Garanzie Costituzionali) e i giorni 20 ant. e pom., 21, 22, 24 ant. e pom., 25 ant. e pom., 26 ant. e pom., 27 ant. e pom. novembre 1947, con specifico riguardo alla Magistratura.

Una interessante riflessione in proposito è compiuta da C. LATINI, *Quaeta non movere. L'ingresso delle donne in magistratura e l'art. 51 della Costituzione. Un'occasione di riflessione sull'accesso delle donne ai pubblici uffici nell'Italia repubblicana*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 27, 1/2014, p. 143 ss.

²¹ Per apprezzare l'intuitiva importanza dell'incarico rivestito da Angela Gotelli, basti considerare che, in tale veste, ella ebbe consuetudine quotidiana con note figure di spicco, componenti, con lei, la Prima Sottocommissione, quali Leonetto Amadei, Lelio Basso, Mario Cevolotto, Orazio Condorelli, Camillo Corsanego, Giuseppe Dossetti, Francesco De Vita, Giacinto Froggio, Leonilde Iotti, Giorgio La Pira, Giovanni Lombardi, Roberto Lucifero, Pietro Mancini, Concetto Marchesi, Ottavio Mastrojanni, Umberto Merlin, Giuseppe Micheli, Aldo Moro, Vito Reale, Palmiro Togliatti.

Inoltre, si noti che la parte della Costituzione discussa dalla predetta Sottocommissione, è quella più importante e immutabile e sulla quale, peraltro e per fortuna, nessuno ha mai pensato di intervenire.

²² Disposizione che poi scomparve entrando a far parte dell'art. 106 Cost., che prevede l'accesso alla magistratura *“per concorso”*.

²³ Salva la possibilità di introdurre una limitata quota di giudici onorari.

Meritevoli di attenzione sono le modalità per l'accesso alla magistratura, prevedendosi, oltre al concorso, il tirocinio, a conferma della consapevolezza dei Costituenti della necessità di adeguata esperienza oltrechè di capacità e di competenza tecnica, prima di poter affrontare questioni delicate, purtroppo nel tempo diminuita, con l'emersione di uno dei due maggiori problemi che affliggono il nostro Paese, riguardanti, da un lato, la Pubblica Amministrazione, che spesso ostacola lo sviluppo del Paese, e dall'altro proprio dalla Magistratura, l'accesso alla quale richiederebbe maggiore esperienza e preparazione tecnico-giuridica.

dall'art. 51 Cost.), nonché sul richiamo alle norme sull'ordinamento giudiziario.

In proposito, relevantissimo fu il ruolo dell'On. Ferdinando Targetti²⁴, singolarmente favorevole alla presenza delle donne nella magistratura, il quale propose un emendamento soppressivo, alla disposizione sopra citata, delle parole *“nei casi previsti dalle norme sull'ordinamento giudiziario”*, secondo il testo originariamente deliberato dalla Seconda Sottocommissione²⁵ e integrato con il riferimento all'Ordinamento giudiziario dal Comitato di redazione.

Secondo Targetti, nell'intervento del Comitato “c'è il pensiero e la finalità di limitare l'ammissione delle donne nella magistratura; chi, invece, è stato favorevole a questo principio, non vede le ragioni di una tale limitazione”. Infatti, “non si può, da una parte, ammettere la presenza, graditissima ed utilissima, nella Costituente di tante egregie colleghe; ammettere che la donna possa salire anche su una cattedra universitaria e, dall'altra, negare che la donna abbia le attitudini necessarie per diventare anche Consigliere di Cassazione”, tra cui forse ve n'è qualcuno “che non ha le qualità di intuito e di capacità intellettuale che possono avere alcune donne”²⁶.

Una posizione perplessa è sostenuta dall'On. Giovanni Leone (che fu

²⁴ Nato a Firenze il 15.12.1882 e deceduto il 7.07.1968, si laureò in giurisprudenza e divenne avvocato. Socialista, fu membro dell'Assemblea Costituente, della quale fu vicepresidente dal 10 febbraio 1947 al 31 gennaio 1948, facendo anche parte della Commissione dei 75. Analogamente ad Angela Gotelli, fu poi eletto alla Camera dei deputati nelle prime tre Legislature della Repubblica, durante le quali ricoprì, fra le altre, la carica di vicepresidente dell'assemblea.

²⁵ Precisamente, nella seduta di sabato 11 gennaio 1947 (cfr. resoconto sommario, pubblicato negli Atti dell'Assemblea Costituente, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma e reperibile anche sul portale della Camera dei Deputati all'indirizzo <http://legislature.camera.it/>). Nei testi in esame, si nota l'italiano impeccabile in cui sono scritti (anche per la formazione dei componenti l'Assemblea, di cui molti eminenti letterati, come nel caso di Angela Gotelli), sia con riferimento agli atti preparatori sia al testo della Costituzione che, anche per tale ragione, sarebbe opportuno far leggere agli studenti, fin dalle scuole elementari.

L'attenzione al profilo redazionale si nota, altresì, nella redazione delle leggi.

Ad esempio, tale aspetto, in funzione della chiarezza del testo e al fine di evitare interpretazioni fuorvianti, è evidenziato proprio da Angela Gotelli, quale Sottosegretario di Stato per l'igiene e la sanità, nella seduta della Quattordicesima Commissione, Igiene e Sanità pubblica, del 12 maggio 1960, in sede di discussione della *“Proposta di legge di iniziativa del senatore Trabucchi: modificazione degli articoli 114 e 121 del testo unico delle leggi sanitarie, approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (1843)”*.

²⁶ Si noti, infatti, che il riferimento alle norme sull'ordinamento giudiziario è addirittura dirimente, per l'accesso della donna alla magistratura, prevedendo il suo art. 8, mai modificato fino alla sua abrogazione con Legge 9 febbraio 1963, n. 66, che *“per essere ammesso a funzioni giudiziarie è necessario: 1° essere cittadino italiano, di razza italiana, di sesso maschile, ed iscritto al P.N.F.”*. Pertanto, consentire l'accesso della donna alla magistratura, *“nei casi previsti dalle norme sull'ordinamento giudiziario”*, costituisce da parte del Comitato di redazione una contraddizione in termini, rimediabile solo con un intervento del legislatore che (è necessario precisare in favore dei Padri costituenti) era forse dato per scontato o, quantomeno, ragionevolmente ritenuto prossimo, certamente prima del 1963 e, *a fortiori*, del D.Lgs. 5 aprile 2006, n. 160, che l'art. 8 ha abrogato integralmente, così come molte altre disposizioni del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, prevedendo una *“Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati”*.

Il dibattito sull'accesso delle donne alla Magistratura conferma l'arretratezza culturale del nostro Paese, ove si consideri che le donne furono per la prima volta ammesse al suffragio proprio in occasione dell'elezione dell'Assemblea Costituente, il 2 giugno 1946, essendo dapprima prive del diritto di voto.

Presidente della Repubblica e grande giuspenalista), invece favorevole al testo del Comitato di redazione, condividendo la concessione di “più ampio respiro alla donna nella partecipazione alla vita pubblica del Paese”, specie con riferimento ai campi in cui la stessa possa esprimere la propria femminilità (anche nella magistratura, ad esempio, nelle giurie popolari o nel Tribunale dei minorenni), tra cui, a suo avviso, non rientrano gli “alti gradi della Magistratura, dove bisogna arrivare alla rarefazione del tecnicismo”, dove, secondo Leone, “solo gli uomini possano mantenere quell’equilibrio di preparazione che più corrisponde per tradizione a queste funzioni”²⁷.

L’intervento dell’On. Targetti e l’emendamento da lui proposto ottiene, naturalmente, il favore delle donne presenti²⁸, per le quali si evidenzia, tuttavia, non l’assunzione di una posizione di parte, legata alla strenua e aprioristica difesa del genere di appartenenza, ma il richiamo alla rigorosa applicazione dei principi fondamentali, in particolare quello di uguaglianza, appena approvati dalla Costituente e condivisi anche dalla sua (peraltro prevalente) componente maschile, che incorrerebbe in grave contraddizione nel precludere alla donna la carriera in magistratura.

In particolare, l’On. Maria Federici, amica dell’On. Angela Gotelli che ne condivideva il pensiero, evidenzia la “poca sensibilità maschile nel non volere far giustizia nei riguardi della donna”, riscontrata più volte nei lavori delle Sottocommissioni, richiamando l’attenzione della discussione sul merito e sulla preparazione²⁹, quali “solì elementi discriminatori per quanto attiene alla possibilità di aprire tutte le carriere alla donna”: tutti gli altri argomenti (facoltà, attitudini, capacità) sono “deboli” e “offendono la giustizia”.

Nilde Iotti contesta gli argomenti dell’On. Leone, ritenendo che “se è vero che si deve far sentire in certo grado la femminilità della donna, non per questo si deve precludere alla donna l’accesso agli alti gradi della magistratura, quando abbia la capacità di arrivarci. Può anche darsi che le donne non ci arrivino; ma in questo caso si tratta di merito”³⁰.

²⁷ Si noti, peraltro, che l’On. Leone non aveva ostacolato l’accesso delle donne alla magistratura, in sede di Relazione alla Seconda Sottocommissione, “Sul Potere giudiziario e sulla Corte di garanzia costituzionale”, proponendo tra le norme sul Potere giudiziario un art. 3, ai sensi del quale “*oltre i requisiti di capacità tecnica e morale, nessun limite può essere stabilito per l’ammissione ai concorsi*” e, quindi, neanche il sesso del candidato.

²⁸ Nonché dell’On. Mancini. Il favore per l’accesso femminile al potere giudiziario emerge altresì dall’autorevole Relazione alla Seconda Sottocommissione dell’On. Piero Calamandrei, il quale, pur assente alla seduta del 31 gennaio 1947, aveva proposto una disposizione del seguente preciso tenore: “*I requisiti per essere ammessi al concorso sono determinati dalla legge sull’ordinamento giudiziario: possono esservi ammesse anche le donne*”.

Contrari all’emendamento proposto da Targetti sono invece gli Onorevoli Cappi (secondo cui “nella donna prevale il sentimento al raziocinio, mentre nella funzione del giudice deve prevalere il raziocinio al sentimento”) e Codacci Pisanelli, che, addirittura, sposta discussione sul piano della conformazione e resistenza fisica della donna, avallato dall’On. Molè.

²⁹ Concetti poi trasfusi nell’art. 34, comma 3, Cost., secondo cui “*i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi*”.

³⁰ Richiama la norma della Costituzione che stabilisce che tutti i cittadini, di entrambi i sessi, possono accedere alle cariche pubbliche, con il quale contrasta, a suo parere il testo del Comitato di redazione.

Angela Gotelli, riassumendo efficacemente la posizione delle colleghe e il *punctum dolens* del dibattito, precisa che “permettere alle donne di arrivare agli alti gradi della Magistratura non significa portarcele per forza. Gli uomini avranno sempre la possibilità di lasciarle indietro, qualora abbiano possibilità e meriti maggiori.

Pensa, in ogni caso, che, se si vuole essere coerenti, non si debba intaccare il principio dell'uguaglianza affermato dalla Costituzione”.

L'On. Gotelli unisce, quindi, una garbata sfida ai colleghi uomini - ad armi pari sul piano del merito - all'insuperabile argomento giuridico del principio di uguaglianza che, nessuno dei presenti, riesce a (e neanche tenta di) confutare.

L'emendamento proposto dall'On. Targetti non viene, tuttavia, approvato e l'art. 98, come elaborato dal Comitato di redazione (e, quindi, con il riferimento alle norme sull'ordinamento giudiziario), entra a far parte del “*Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*” approvato dalla Commissione per la Costituzione e approda alla discussione in Assemblea, quale presentato alla Presidenza lo stesso 31 gennaio 1947.

L'Assemblea, sotto la presidenza dell'On. Terracini, discute la predetta disposizione costituzionale nella seduta antimeridiana di mercoledì 26 novembre 1947³¹.

In tale sede, l'On. Maria Federici propone di sopprimere integralmente il periodo: “*Possono essere nominate anche le donne nei casi previsti dalle norme sull'ordinamento giudiziario*”, mentre l'On. Maria Maddalena Rossi propone di sostituirlo con il seguente: “*Le donne hanno diritto di accesso a tutti gli ordini e gradi della Magistratura*”.

La prima, proseguendo il ragionamento svolto in Commissione, con la partecipazione di Angela Gotelli, ritiene che la soppressione della predetta precisazione non precluda (come da altri colleghi ritenuto, presentando emendamenti analoghi) ma apra e spiani la via della Magistratura alle donne, essendo sufficienti le previsioni contenute negli artt. 48 (accesso di ambo i sessi agli uffici pubblici in condizioni di uguaglianza) e 3 (principio di uguaglianza) della Costituzione.

Nell'accurata discussione dell'emendamento proposto, l'On. Federici richiama anche il diritto al lavoro e il “dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra allo sviluppo materiale o spirituale della società conformemente alle proprie possibilità e alla propria scelta”, entrambi ingiustamente compressi ed alterati da preclusioni, per la donna, all'accesso ai pubblici uffici.

Sottolinea, infine che “tutte le moderne Costituzioni non fanno più restrizioni in questo senso”, tra cui, in particolare, quella francese.

Da parte sua, l'On. Rossi, pur utilizzando argomenti analoghi alla collega, ritiene che l'emendamento sostitutivo da lei proposto serviva a trasformare l'art. 98 in un corollario logico dell'art. 48, come, peraltro accade in altri ordinamenti,

³¹ Cfr. resoconto stenografico, pubblicato negli Atti dell'Assemblea Costituente, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma e reperibile anche sul portale della Camera dei Deputati all'indirizzo <http://legislature.camera.it/>

di cui operò minuziosa rassegna. Le puntuali, diffuse e documentate argomentazioni dell'On. Rossi e il fervore della sua discussione, certamente apprezzabili, rischiano, tuttavia, di essere scambiate (e probabilmente ciò avvenne da parte dei deputati contrari all'apertura alle donne della carriera in magistratura) per una necessità (in realtà, inesistente) di dover dimostrare la pari dignità della donna rispetto all'uomo.

In tale equivoco non cadono, invece, Angela Gotelli, che in poche concise espressioni, ha individuato e risolto il problema, né Maria Federici, che si risolve (cogliendo di sorpresa l'Assemblea) a chiedere la soppressione di una disposizione specifica che preveda l'accesso della donna alla Magistratura, trattandosi di diritto insito nel principio di uguaglianza, che non necessita di alcuna ulteriore specificazione³².

Tale è l'esito dei lavori dell'Assemblea Costituente, in quanto la dibattuta disposizione costituzionale, prevista dal secondo periodo del primo comma dell'art. 98 del progetto di Costituzione sarà soppressa, ferma restando l'approvazione, nella seduta pomeridiana di mercoledì 26 novembre 1947³³ del seguente ordine del giorno, presentato alla Presidenza dagli onorevoli: Federici Maria, Delli Castelli Filomena, Rossi Maria Maddalena, Mattei Teresa, Titomanlio Vittoria, Rapelli Rivera, Storchi, Bellato, Cremaschi Carlo, Salvatore, Raimondi, Firrao: "L'Assemblea Costituente, considerato che l'articolo 48 garantisce a tutti i cittadini di ambo i sessi il diritto di accedere alle cariche elettive e agli uffici pubblici, in condizione di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge, afferma che per quanto riguarda l'accesso della donna alla Magistratura l'articolo 48 contiene le garanzie necessarie per la tutela di questo diritto".

I lavori dell'Assemblea Costituente si chiudono, dunque, per quanto riguarda l'accesso delle donne alla Magistratura, con l'affidamento di quest'ultimo ai principi costituzionali che sanciscono la pari dignità dei sessi e il diritto di uomini e donne di accedere alle cariche e agli uffici pubblici, secondo il corretto inquadramento del problema, condiviso, tra gli altri, da Angela Gotelli.

Come è noto, il percorso per la garanzia di tale diritto non sarà facile né breve, scontrandosi con la legislazione previgente, che il legislatore non si deciderà ad adeguare ai principi costituzionali, se non oltremodo tardivamente³⁴, e

³² Anche in Assemblea, l'On. Giovanni Leone difende il riferimento alle norme sull'ordinamento giudiziario, introdotto dal Comitato di redazione nell'art. 98 in discussione, ritenendo più opportuno demandare al legislatore la definizione del ruolo della donna nella Magistratura, al quale ribadisce di non essere in assoluto contrario. Il rischio, tuttavia, è quello che si è sopra indicato - e che effettivamente si realizzerà - di costituzionalizzare il rinvio ad un ordinamento giudiziario, che riserva ai cittadini di sesso maschile l'ammissione alle funzioni giudiziarie.

³³ Cfr. il relativo resoconto stenografico, pubblicato negli Atti dell'Assemblea Costituente, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma e reperibile anche sul portale della Camera dei Deputati all'indirizzo <http://legislature.camera.it/>.

³⁴ L'art. 8 dell'Ordinamento giudiziario del 1941, che, come visto, riservava ai soli cittadini uomini l'accesso alla Magistratura, sarà abrogato solo con Legge 9 febbraio 1963, n. 66, recante "*Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni*", ai sensi del cui art. 1, comma 1, "*la donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge*". L'art. 2 precisava che "*la legge 17 luglio 1919,*

affidandosi, nel frattempo, all'interpretazione adeguatrice o agli interventi di depurazione dell'ordinamento della Corte Costituzionale.

Di particolare rilievo, risultando determinante per la successiva rimozione legislativa di ogni ostacolo all'accesso della donna alla Magistratura, è la sentenza 13 maggio 1960, n. 33³⁵, con la quale la Corte ha dichiarato *“l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, che esclude le donne da tutti gli uffici pubblici che implicano l'esercizio di diritti e di potestà politiche, in riferimento all'art. 51, primo comma, della Costituzione”*, ossia proprio di una disposizione della legge poi abrogata con la Legge n. 66/1963.

In tale occasione, la Corte Costituzionale ha precisato la portata dei principi costituzionali sull'uguaglianza tra i sessi e quella del suo precedente intervento, con la predetta sentenza n. 56 del 1958, affermando che *“non può essere dubbio che una norma che consiste nello escludere le donne in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici, debba essere dichiarata incostituzionale per l'irrimediabile contrasto in cui si pone con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza. Questo principio è stato già interpretato dalla Corte nel senso che la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa, non può comportare, cioè, un trattamento diverso degli appartenenti all'uno o all'altro sesso davanti alla legge. Una norma che questo facesse violerebbe un principio fondamentale della Costituzione, quello posto dall'art. 3, del quale la norma dell'art. 51 è non soltanto una specificazione, ma anche una conferma”*.

Infatti, *“L'art. 51 o, più esattamente, l'inciso “secondo i requisiti stabiliti dalla legge” non sta punto a significare che il legislatore ordinario possa, senza limiti alla sua discrezionalità, dettare norme attinenti al requisito del sesso, ma vuol dire soltanto che il legislatore può assumere, in casi determinati e senza infrangere il principio fondamentale dell'eguaglianza, l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito attitudinario, come condizione, cioè, che faccia presumere, senza bisogno di ulteriori prove, l'idoneità degli appartenenti a un sesso a ricoprire questo o quell'ufficio pubblico: un'idoneità che manca agli appartenenti all'altro sesso o è in possesso di costoro in misura minore, tale da far ritenere che, in conseguenza di codesta mancanza, l'efficace e regolare svolgimento dell'attività pubblica ne debba soffrire. Ora che questo non sia il caso della norma impugnata è di tutta evidenza. In essa, infatti, il sesso femminile è assunto come tale a fondamento di incapacità o di minore capacità, non già a requisito di idoneità attitudinale, per una categoria amplissima di pubblici uffici (e, ch'è più, di incerta definizione e, in conseguenza, di vaghi confini), in via di regola, non già in via di eccezione e con riferimento concreto a particolari situazioni, ponendosi, anzi, in via d'eccezione e con rinvio alla legge, il caso di ammissione delle donne a taluno degli uffici ricompresi nella categoria generale di esclusione. La sua illegittimità costituzionale è pertanto evidente al lume della giurisprudenza di questa Corte.*

Con che, peraltro, si è anche detto come il legislatore possa intervenire a regolare

n. 1176, il successivo regolamento approvato con regio decreto 4 gennaio 1920, n. 39, ed ogni altra disposizione incompatibile con la presente legge sono abrogati”.

³⁵ Repertibile in Consulta OnLine, all'indirizzo <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>.

*l'ammissione ai pubblici impieghi in ragione dell'appartenenza all'uno o all'altro sesso, per dare all'intera materia la necessaria disciplina richiesta dal sopravvenuto precetto costituzionale*³⁶.

3. L'esperienza delle donne nella magistratura francese

Anche in Francia l'accesso delle donne alla magistratura è stato tutt'altro che semplice.

Già nel 1897, la Corte d'Appello di Parigi, per negare a Jeanne Chauvin l'accesso alla professione forense, aveva sostenuto che le donne non fossero nel pieno godimento dei diritti civili e politici. In quel caso, però, una legge del 1900 pose un punto alla questione, consentendo alle donne l'esercizio di tale professione.

Per la magistratura la questione si risolse, invece, in tempi ben più lunghi, con una legge approvata nel 1946 successiva ad altra legge di due anni prima, che riconosceva alle donne diritti civili e politici³⁷.

Nella vicenda francese relativa all'accesso femminile alla magistratura, gli avvocati svolsero un ruolo importante, organizzando, a partire dagli Anni Trenta, una serie di iniziative in tal senso. Questo perché la loro professione era già aperta da più di trent'anni al mondo femminile. La prima iniziativa risale al 1930, quando Pierre Cathala fece la proposta di emendamento per consentire alle donne l'accesso in magistratura; intento perseguito, poi, da André Bardon e dai signori De Monzie et Planche, quando Cathala fu chiamato alle funzioni ministeriali³⁸.

Per sostenere la loro proposta De Monzie, Bardon e Cathala adducevano una serie di argomenti tra i quali si possono sintetizzare: la competenza garantita dalle condizioni di accesso, le menzioni di Paesi che già avevano donne magistrato, la circostanza che anche in Francia le donne svolgessero, di fatto, già le funzioni di giudici laddove sedevano nei tribunali industriali, l'assenza di problemi in seguito

³⁶ In precedenza, la Corte era intervenuta, in modo meno incisivo, sul tema dell'accesso della donna ai pubblici uffici e alla magistratura con sentenza 24 settembre 1958, n. 56, reperibile in *Consulta OnLine*, all'indirizzo <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>.

In particolare, affrontando il tema della presenza delle donne ai collegi giudicanti delle Corti d'Assise, il Giudice delle Leggi aveva dichiarato *“non fondata la questione proposta con le sopra indicate ordinanze della Corte di assise di Cremona del 7 luglio 1958 e della Corte di assise di Milano del 1° dello stesso mese sulla legittimità costituzionale delle norme della legge 27 dicembre 1956, n. 1441, relative alla partecipazione delle donne all'amministrazione della giustizia nelle Corti di assise, in riferimento agli articoli 3 e 51 della Costituzione”*. Infatti, pur affermando la regola dell'uguaglianza, aveva ritenuto che *“la limitazione numerica nella partecipazione delle donne in quei collegi risponde non al concetto di una minore capacità delle donne ma alla esigenza di un più appropriato funzionamento dei collegi stessi. Non è superfluo, all'uopo, ricordare come nelle legislazioni di Paesi che da tanti anni ci hanno preceduto nel riconoscimento dell'eguaglianza giuridica dei sessi, il potere di limitare o addirittura di escludere le donne dalla giuria popolare in certi processi è affidato al presidente. La legge in esame ha creduto di adottare un criterio più meccanico; ma non per questo essa appare come violatrice delle norme costituzionali che assicurano l'eguaglianza dei sessi”*.

³⁷ Peraltro, il sistema giudiziario non fu l'unico coinvolto da quest'ondata di riforma: anche l'esercito vide, infatti, la fine del monopolio maschile.

³⁸ De Monzie, Bardon e Cathala erano i segretari della Conferenza. De Monzie fu anche il secondo segretario della Conferenza degli avvocati a Parigi nel 1900. Erano parlamentari attivi che partecipavano alle commissioni. E Anatole de Monzie aveva già un'esperienza politica molto importante.

all'ingresso delle donne nella funzione forense e la difficoltà di trovare candidati per la magistratura.

Questo primo tentativo di emendamento finì, tuttavia, in un nulla di fatto. Una proposta di legge venne presentata nel 1932 dai signori Bardon Monzie ed esaminata dalla commissione per la legislazione civile e penale ma anche questo tentativo andò a vuoto³⁹.

Una nuova proposta di legge fu presentata all'Assemblea Nazionale, nel 1937, dal deputato Gabriel Emile Delattre. Tale proposta era volta a consentire l'accesso delle donne alle posizioni di magistrati giudicanti nei soli tribunali per minori, poiché si riteneva che la loro presenza fosse particolarmente utile in un'ottica di rieducazione dei bambini coinvolti. La commissione per la legislazione civile e penale accolse con favore la proposta che considerava utile, visto che le donne avevano sicuramente una maggiore conoscenza dei bambini. Nonostante le premesse fossero buone, anche questo progetto non ebbe esito, poiché il Ministro della Giustizia non aderì alla proposta.

A questa seguì un'altra iniziativa capeggiata dalla signora Dauvet-Thiebaud, avvocato che, sulla scia della legge del 1931, che consentiva alle donne di essere ammesse nei tribunali commerciali, cercò di aprire le porte del mondo giudiziario alle donne, insistendo in tal senso con il Ministero della Giustizia, il quale però rifiutò la domanda. Di fronte a questo diniego la donna propose ricorso per eccesso di potere dinanzi al Consiglio di Stato che, però, confermò la decisione del Ministero.

Il primo argomento utilizzato per giustificare il diniego del Ministero della Giustizia nonché dell'Assemblea Nazionale all'apertura del sistema giudiziario fu di natura dottrinale, in ragione del fatto che, quando le donne erano state ammesse all'esercizio della professione forense era stato anche specificato che non avrebbero potuto svolgere le funzioni di giudice poiché la magistratura era considerata un attributo della sovranità pubblica e nessuno avrebbe potuto esercitarla se non avesse goduto di tutti i diritti, e, in particolare, dei suoi diritti politici. Tale argomento non fu l'unico addotto.

Per alcuni, la concessione dei diritti alle donne doveva seguire un determinato calendario, mentre per altri doveva essere oggetto di uno studio accurato e meticoloso: Consentire alle donne l'accesso alla magistratura comportava farle uscire dal ruolo che competeva loro per natura ovvero quello di

³⁹ Peraltro, nel 1932 l'Assemblea Nazionale respinse altre due proposte legislative: una relativa all'accesso delle donne alla posizione di impiegato ausiliario e l'altra relativa all'accesso delle stesse alle posizioni di notaio e di *avoué*, professione che è stata abolita dalla Legge 25 gennaio 2011, in vigore dal 1° gennaio 2012. Un *avoué*, professione autonoma e distinta da quella di avvocato (*avocat*), svolgeva congiuntamente le funzioni di avvocato, funzionario ministeriale e ausiliario della giustizia incaricato di rappresentare le parti davanti alla Corte d'Appello. La professione era aperta a qualsiasi titolare di un *Master of Laws* accompagnata da uno *stage* di due anni in uno studio legale. Al termine di questo tirocinio era necessario svolgere un esame di abilitazione professionale. L'ambito di esercizio professionale era limitato a quella della Corte d'Appello di riferimento ed era l'unico rappresentante delle parti in questa sede in materia civile e commerciale. Non era neanche abilitato al patrocinio innanzi alla Corte di Cassazione.

moglie e madre di famiglia⁴⁰; inoltre, si sosteneva, non solo le donne non avevano l'imparzialità, la razionalità e il rigore degli uomini, ma la loro presenza avrebbe potuto disturbare il cosiddetto "ordine del tribunale", ovvero i giudici uomini che operavano nei tribunali⁴¹.

Dopo questa proposta fu la volta di quella di Marianne Verger, delegata all'Assemblea consultiva⁴².

La sua proposta fu controfirmata da tutte le donne delegate all'assemblea consultiva provvisoria e adottata all'unanimità dagli elettori. Venne usato, tra gli altri, l'argomento dell'eroismo delle donne.

Gli interventi dei delegati furono volti a dimostrare che offrire alle donne l'opportunità di svolgere funzioni giudiziarie fosse una questione di logica e coerenza di determinazione politica.

Le donne esercitavano già le funzioni di giudici poiché potevano sedere nei consigli dei tribunali industriali e nelle corti di commercio⁴³; inoltre, dal 1944 avevano l'opportunità di partecipare alle corti di giustizia e di giurare nelle corti d'assise⁴⁴. Le donne erano diventate elettori e, quindi, cittadini a pieno titolo. Ogni restrizione all'esercizio della magistratura da parte delle donne fu eliminata dalla Legge 11 aprile 1946, approvata dalla commissione per la giustizia e la legislazione generale presieduta dalla signora Poinso Chapuis.

⁴⁰ Tale concezione fu contrastata da Pierre Deyris che in Aula dichiarò: "E' deplorabile il fatto che abbiamo questa concezione della vita civica che viola la vita privata. Io penso, al contrario, che la vita civica proceda normalmente dallo sviluppo e dall'audacia di una vita privata che è sicura di sé stessa".

⁴¹ Intervento di Pierre Deyris, J.O., *Débats parlementaires*, 4 avril 1930, p. 1561.

⁴² Si tratta dell'Assemblea consultiva provvisoria, assemblea francese che rappresenta partiti politici, territori e movimenti di resistenza, impegnati in guerra a fianco degli alleati, sotto la guida del Comitato Francese per la Liberazione Nazionale (CFLN). In base ad un'ordinanza del CFLN del 17 novembre 1943, tra il novembre del 1943 e il luglio 1944 tiene le sue sedute ad Algeri (e, precisamente, al *Palais Carnot*, ex sede delle delegazioni finanziarie). Viene, quindi, posta, a partire dal 3 giugno 1944, sotto l'autorità del governo provvisorio della Repubblica francese (GPRF) che succede al CFLN. Dopo la liberazione, tra il 7 novembre 1944 e il 3 agosto 1945, l'Assemblea consultiva provvisoria, rinnovata e allargata, tiene le sue sedute a Parigi, al *Palais du Luxembourg*. In base a quanto espresso dal suo stesso Statuto, l'assemblea consultiva provvisoria si scioglie temporaneamente, il 21 ottobre 1945, in occasione delle elezioni di una prima Assemblea Nazionale Costituente. Sarà, necessaria, tuttavia, l'elezione di una seconda Assemblea Nazionale Costituente che verrà eletta in data 2 giugno 1946 e che porterà, con l'approvazione della nuova Costituzione, alla nascita, il 13 ottobre 1946, della Quarta Repubblica francese.

⁴³ I tribunali di commercio furono introdotti in Francia all'epoca della Rivoluzione dalla legge del 16 e del 24 agosto 1790, riprendendo le precedenti *jurisdictionis consulaires*, così chiamate perché costituite da un giudice e quattro consoli elettivi. Attualmente sono 141. I giudici sono eletti da un collegio elettorale costituito dai giudici in carica, dagli ex giudici e dai *délégués consulaires* eletti a loro volta dai commercianti; rimangono in carica per quattro anni e possono ricoprire fino a quattro mandati consecutivi. Il presidente è eletto dai giudici, per quattro anni, tra quelli di loro che esercitano le funzioni da almeno sei anni. Si tratta di organi giurisdizionali competenti in materia di diritto commerciale nell'ambito di controversie tra commercianti e, in certi casi, anche tra queste e non commercianti, oltre che in materia di società commerciali, fallimento e procedure concorsuali. La loro composizione consta di giudici laici eletti o comunque tratti dai commercianti.

⁴⁴ Si tratta dell'*ordonnance* del 26 giugno 1944 per quanto riguarda le Corti di Giustizia; invece, per quanto riguarda le Corti d'Assise si tratta dell'*ordonnance* 17 novembre 1944.

4. Le donne nella magistratura a livello europeo

L'accesso delle donne alla magistratura è un tema di grande importanza per la Corte di Strasburgo per due motivi principali: *in primis*, perché il tema riguarda il divieto di discriminazione fondato sul genere, previsto dall'art. 14 CEDU⁴⁵ e dal Protocollo XII⁴⁶, oltre che il diritto di accesso al lavoro garantito dall'art. 8 CEDU. *In secundis*, perché riguarda direttamente la Corte di Strasburgo in relazione alla sua stessa composizione. Ad oggi, i giudici di Strasburgo non si sono ancora espressi in maniera specifica sull'argomento. Ciò non si spiega per un'irrilevanza della questione ma per tutta una serie di ragioni, tra le quali: la difficoltà di provare la violazione del diritto in questione nel caso concreto, il fatto che la Corte possa essere adita solo dopo aver esaurito tutte le vie di ricorso interne, l'esistenza di sistemi legislativi di tutela formale del principio di uguaglianza di genere, tanto a livello nazionale che sovranazionale.

Dal rapporto della CEPEJ del 2012 (Commissione europea per l'efficienza della giustizia nel Consiglio d'Europa, istituita dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 2002) emerge un interessante confronto tra i sistemi giudiziari dei 47 Paesi membri del Consiglio d'Europa⁴⁷.

I criteri di selezione costituiscono materia delicata, poiché producono dirette conseguenze sull'indipendenza con cui i magistrati svolgono la loro funzione. Gli *standards* europei non promuovono, in tal senso, specifici procedimenti, ma sottolineano l'importanza di predisporre criteri selettivi che siano volti a salvaguardare l'oggettività di tali criteri⁴⁸. In alcuni Paesi, come la Danimarca, la Germania, l'Armenia, la Bosnia-Erzegovina, la Norvegia, Israele, l'Islanda e Montenegro, tali criteri contemplano specifiche previsioni volte ad assicurare l'uguaglianza di genere. In Italia, invece, pur non essendo prevista alcuna quota di genere relativamente all'accesso delle donne alla professione di magistrato, si osserva ormai che da molti anni le candidate magistrato superano i colleghi uomini alla selezione concorsuale. Questo è in linea, peraltro, con quanto avviene in ben

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 14 CEDU, relativo al "divieto di discriminazione": "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 1 del Protocollo 12, che sancisce il "divieto generale di discriminazione": "Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione. Nessuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per i motivi menzionati al paragrafo 1".

⁴⁷ Solo il Liechtenstein e San Marino non hanno inviato i propri dati mentre ha partecipato a quest'indagine, come Stato non membro, lo Stato di Israele.

⁴⁸ Basti pensare alla Raccomandazione R(94)12 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sull'indipendenza, sull'efficienza e sul ruolo dei giudici adottata il 13 ottobre 1994. Peraltro, tale Raccomandazione è stata espressamente abrogata e sostituita dalla Raccomandazione (2010) 12 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in un'ottica di superamento di un'indipendenza intesa in senso più formale e difensivo anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativamente al principio sull'equo processo di cui all'art. 6 CEDU.

22 Paesi rappresentati nel Consiglio d'Europa, dove il numero dei giudici donna ha superato, di gran lunga, il numero dei colleghi uomini. In testa vi sono la Lituania e la Lettonia, ove tale percentuale si assesta intorno al 77%; segue, poi la Romania, con un 70%. La percentuale è superiore al 60% in Bosnia-Erzegovina, Polonia, Slovacchia, Estonia e Repubblica Ceca, mentre poco inferiore è in Lituania, Portogallo, Macedonia e Francia. Infine, ci si attesta tra il 56% ed il 50% in Spagna, Italia (51,2%), Paesi Bassi, Danimarca, Finlandia e Montenegro. Quasi la stessa percentuale, ma con una lieve prevalenza maschile, si riscontra invece in Svezia⁴⁹, Austria, Belgio e Israele. Il rapporto presenza femminile - maschile si inverte, sino a ridursi notevolmente, in Irlanda del nord (22,2%), Armenia (21,9%), Scozia (21,6%) e Azerbaijan (10,5%).

Tuttavia, se si guarda alla media di tutti i Paesi, i due generi, di fatto, si equivalgono.

Per quanto riguarda le posizioni di vertice, invece, si è ancora ben lontani dall'equilibrio tra uomini e donne, fatta eccezione per la Grecia e per alcuni Paesi dell'est europeo. Anche in Israele, le donne superano gli uomini; più precisamente le donne coprono il 55% delle posizioni apicali contro il 45% ricoperto dagli uomini. In Irlanda, la percentuale è paritaria. Il divario diventa sempre più sensibile nel passaggio dei diversi gradi della giurisdizione: sembra proprio che il cosiddetto "*glass ceiling*" ovvero il "soffitto di cristallo" che impedisce l'accesso delle donne a posizioni lavorative di vertice coinvolga anche il campo della giustizia⁵⁰.

La stessa tendenza si verifica relativamente alle funzioni di pubblici ministeri: la base è, infatti, composta da un numero non troppo divergente tra uomini e donne, ma al vertice la situazione cambia radicalmente, confermando un elevato divario sia per il primo, sia per il secondo grado, sia per la procura generale presso le Corti Supreme.

È lecito, pertanto, concludere nel senso della permanenza di freni alla progressione delle carriere femminili. Le ragioni di ciò sono di varia natura: *in primis*, storiche⁵¹, ovvero legate al ritardo nell'apertura del pubblico concorso ma poi anche di altro tipo, sia interno sia esterno, ovvero psicologiche e sociali.

Alcune pronunce della Corte EDU, anche se non direttamente inerenti all'accesso delle donne alla magistratura, risultano comunque interessanti perché dimostrano che la garanzia effettiva del divieto di discriminazione fondato sul genere necessita non solo di specifici interventi legislativi ma soprattutto di cambiamenti sociali e culturali che promuovano la garanzia dei diritti sociali delle donne, la loro libertà di espressione e di partecipazione alla vita pubblica, oltre che la garanzia della loro libertà con un fermo contrasto ad ogni tipo di violenza.

⁴⁹ La circostanza è singolare ove si consideri il notorio ruolo delle donne nell'economia e nella società svedesi.

⁵⁰ Non si può, peraltro, tacere la recente nomina, avvenuta nel settembre 2017, della baronessa Brenda Hale quale presidente della Corte Suprema inglese. Un importante traguardo per la baronessa, femminista di lungo corso, ma anche per l'intero sistema giudiziario britannico, spronato più volte dalla stessa giudice a promuovere la diversità e la parità di genere al suo interno, lottando contro atteggiamenti sessisti e classisti.

⁵¹ Quantomeno in Italia.

A tal fine si richiama, come *leading case*, il caso di *Garcia Mateos*⁵² contro Spagna (38285/09) del 19 febbraio 2013, relativo alla tutela della vita privata e della vita professionale. Nella fattispecie la ricorrente Garcia Mateos, impiegata a tempo pieno in un supermercato, fece domanda di lavoro *part-time*, in ragione di una legge che tutelava le madri lavoratrici di bambini di età inferiore ai sei anni (art. 37.5 Statuto dei lavoratori). In seguito al rifiuto del suo datore di lavoro la signora Garcia Mateos ha instaurato una causa davanti alle corti civili senza, però, alcun successo. Si era, allora, poi, rivolta al *Tribunal Constitucional* lamentando una violazione del principio di non discriminazione. Il *Tribunal Constitucional* diede ragione alla ricorrente, ricordando i principi del diritto europeo nel quale ai fini della violazione del principio di non discriminazione è sufficiente l'esistenza di una disposizione legale la cui interpretazione o applicazione provoca delle conseguenze sfavorevoli per un gruppo composto maggioritariamente da impiegate donne. Il ricorso venne rinviato ai giudici di merito, i quali rigettarono la domanda. Il *Tribunal Constitucional*, adito per la seconda volta dalla ricorrente, annullò la sentenza, ma non rinviò il caso ad altra istanza di merito in ragione del fatto che il figlio minore aveva ormai superato il limite d'età previsto dalla legge. Secondo l'opinione dissenziente del giudice Pérez Tremps, sarebbe stato opportuno accordare alla signora Garcia Mateos un equo risarcimento in quanto rappresentava, ormai, l'unico modo per proteggere il suo diritto fondamentale⁵³.

Giunto il caso alla Corte di Strasburgo, questa ha concluso che si fosse realizzata una violazione sia dell'art. 6 sia dell'art. 14 della CEDU, nella misura in cui la protezione accordata dai giudici interni dei ricorrenti alla ricorrente si era rivelata inefficace. L'impossibilità del riconoscimento pieno del diritto invocato attraverso una riparazione pecuniaria aveva reso il diritto costituzionalmente

⁵² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, 19 febbraio – 19 maggio 2013, affare *García Mateos c. Espagne*, (richiesta n. 38285/09), reperibile all'indirizzo [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:\[%22garcia%20mateos%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-116739%22\]\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:[%22garcia%20mateos%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-116739%22]]})

⁵³ Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 3/2007, de 15 de enero, (BOE nº 40, de 15 de febrero de 2007), reperibile all'indirizzo http://hj.tribunalconstitucional.es/fr-FR/Resolucion/Show/5970#complete_resolucion&completa, e Tribunal Constitucional, Sala Primera, Auto 1/2009, de 12 de enero de 2009, reperibile all'indirizzo https://hj.tribunalconstitucional.es/fr/Resolucion/Show/21982#complete_resolucion&completa.

Le pronunce sono state rese all'esito di *recurso de amparo*, procedimento che consente al cittadino di impugnare davanti al *Tribunal Constitucional* gli atti amministrativi e giurisdizionali che abbiano leso i diritti a questi riconosciuti dalla Costituzione. Una riforma del 2007, peraltro, al fine di evitare un abuso di tale procedimento, ha posto in capo ai ricorrenti l'obbligo di dimostrare l'effettivo rilievo costituzionale che assume il ricorso.

Nell'ambito del panorama europeo, vi è, poi, anche il *Verfassungsbeschwerde*, tipico delle tradizioni austriaca e tedesca, analogo al sopracitato *recurso de amparo*. Nello specifico, questo procedimento può avere ad oggetto atti giurisdizionali, amministrativi o legislativi lesivi della volontà del cittadino, a condizione, però, che siano già stati esperiti tutti gli altri rimedi possibili. L'istituto nasce nel diritto costituzionale messicano. È lecito richiamare sul punto GRANARA D., *L'amparo messicano: il ruolo della giurisprudenza*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale. Atti del seminario di Messina 7-8 maggio 1993*, Torino, Giappichelli, 1994.

riconosciuto puramente illusorio, così contravvenendo alla violazione del principio dell'equo processo e di non discriminazione fondata sul sesso.

Trattasi di un precedente significativo che dimostra come qualsiasi discriminazione fondata sul sesso in ordine all'accesso all'impiego lavorativo, *in primis* quello di tipo intellettuale (a prescindere da casi di oggettiva difficoltà fisica) non solo non può trovare alcun fondamento nella disciplina costituzionale interna ma riceve sicura sanzione nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU, applicativa di un principio di uguaglianza che non può più essere materia di discussione alcuna.

Terzo settore e interesse generale in prospettiva comparatistica europea

di Elena Grasso, Piercarlo Rossi*

Abstract: Third Sector and General Interest in European Comparative Perspective –

The article takes into consideration the notion of general interest as the basis of the reform of Third Sector organizations and constitutes a guide in the reconstruction of the protection granted to non-profit organizations not only in Italy, but also in Europe. In this sense, the general interest is that of the plurality of individuals which is the constitutive community of the order, and which must in any case be protected exclusively or principally. The present contribution analyzes the intersection of the European discipline with the not always homogeneous one of national states.

Keywords: Third Sector; General Interest; Right of Establishment; Legal Reform; Internal Market.

2425

1. Le organizzazioni non lucrative in Italia: l'interesse generale come principio unificante

Una delle funzioni del diritto è quella di dirimere i conflitti tra interessi confliggenti. Come noto, il termine "interesse" richiama impostazioni dottrinali totalmente differenti. Teorie dell'interesse sono state infatti sviluppate sia nella prospettiva pubblicistica che privatistica¹.

Questo contributo si prefigge di analizzare non tanto l'inquadramento dell'interesse rispetto a prospettive differenti, quanto piuttosto di interrogarsi su come l'interesse generale sia alla base della riforma delle organizzazioni del Terzo settore, potendo costituire una guida nella ricostruzione della protezione accordata alle organizzazioni senza scopo di lucro in Italia e in Europa.

L'interesse generale di cui qui si parla è quello contenuto nella definizione di Terzo settore. La legge delega n. 106 del 2016, all'art. 1, c.1 conteneva già una prima definizione di Terzo settore come "complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità

* Il presente contributo è frutto del lavoro congiunto degli autori. Tuttavia, in sede di stesura materiale del testo, Elena Grasso ha redatto i paragrafi n. 2 e 4 e a Piercarlo Rossi i paragrafi n. 3 e 5. Il paragrafo introduttivo è stato invece redatto a quattro mani.

¹ Tra gli altri A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Lipsia 1929, in particolare pp. 180 ss.; R. Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, in C. Nino (ed.), *Rights*, Aldershot, 1992, p. 163; F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles, 1990, p. 146.

sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, *promuovono e realizzano attività di interesse generale* mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi» (art. 1, c.1)². Il Codice del Terzo settore ha confermato questo impianto: il decreto legislativo n. 117 del 2017 all'art. 4 identifica gli enti del terzo settore nelle "organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo *svolgimento di una o più attività di interesse generale* in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

L'interesse di cui si parla non è identificabile con l'interesse privato, proprio di un determinato individuo, né con l'interesse collettivo, proprio di una determinata pluralità di individui considerata come unità. L'interesse è quello generale, proprio della comunità costitutiva dell'ordinamento. L'attività di interesse generale per il Codice del Terzo settore deve essere esercitata in via esclusiva o principale³. Per quanto riguarda le imprese sociali, la disciplina tracciata dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 segue un criterio di indicazione analitica di ipotesi nelle quali ricorre l'interesse generale⁴. L'interesse generale non necessariamente corrisponde all'interesse pubblico, se è vero che il Terzo settore è tale perché si pone in posizione di terzo rispetto al mercato e allo Stato⁵. A riguardo è interessante la sentenza 6 marzo 2019, n. 1546 della Terza sezione del Consiglio di Stato che è stata resa per chiarire se una associazione può proporre istanza di accesso agli atti, in relazione a campi della propria attività di rappresentanza in forza di una titolarità di un interesse giuridico qualificato, ai sensi della legge n. 241 del 1990 o se in forza della disciplina in materia di accesso civico generalizzato, di cui al decreto legislativo n. 97 del 2007.

La sentenza è innovativa in quanto l'accesso viene garantito non solo come qualificato interesse di natura processuale, ma come un bene comune che attua i

² La legge delega è intervenuta per coordinare le diverse disposizioni contenute in leggi differenti nell'ambito delle organizzazioni non lucrative, in particolare quelle la cui disciplina era particolarmente distante, vale a dire quelle sulle associazioni di promozione sociale (l. 383/2000), sulle organizzazioni di volontariato (l. 266/1991), sulle cooperative sociali (l. 381/1991). La legge delega è frutto di un articolato dibattito che fin dalla fine degli anni '90 ha posto le premesse per una riflessione politica più ampia. Cfr. E. Rossi, *La necessità di una "revisione organica" della legislazione del Terzo settore: un'opportunità da cogliere, un lavoro parlamentare da realizzare*, in *Non profit*, n. 3/2014, p. 22.

³ L'art. 6 permette che possano essere esercitate attività diverse da quelle indicate nell'art. 5, a condizione che siano secondarie e strumentali rispetto all'attività di interesse generale.

⁴ Così l'art. 2 comma 1 con l'elenco delle attività di interesse generale che devono essere esercitate in via principale, mentre il comma 3 specifica che i criteri dimensionali rapportati ai ricavi per identificare l'attività in via principale.

⁵ Cfr. D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, *Federalismi*, 3/2018.

"principi del nostro ordinamento nazionale di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della cosa pubblica" ai sensi degli artt. 1, 2, 97 e 118 della Costituzione.

Nelle motivazioni la decisione fa rientrare il Terzo settore nel campo di applicazione dell'art. 118, in quanto il "nuovo" principio di sussidiarietà è volto a favorire la partecipazione dei cittadini e delle formazioni sociali (imprenditoriali ed associative) alla cura e al buon andamento della "cosa pubblica, mediante lo svolgimento di attività di interesse generale"⁶.

In tal senso la sentenza riconosce che l'interesse generale nella "cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati" permette di far assumere una valenza pubblicistica alla "partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva" e "alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce".

Il Codice del Terzo settore identifica proprio nell'interesse generale quelle finalità che giustificano le attività diverse degli enti del Terzo settore, così come delle loro differenti forme giuridiche. La vis attrattiva delle varie forme di organizzazioni non profit nel perseguire l'interesse generale finisce per attrarre anche le attività strumentali e secondarie nell'alveo della normativa sul Terzo settore e il suo regime di favore⁷.

2. Le organizzazioni non lucrative nell'Unione europea: una disciplina incompiuta

Come noto, l'Unione europea ha tendenzialmente evitato di intervenire in materia di organizzazioni non lucrative, lasciandone agli Stati Membri la disciplina.

Le ragioni sono diverse. Questa scelta ha in parte una ragione storica, perché il Trattato di Roma, finalizzato all'integrazione economica attraverso la creazione di un mercato comune, era irrilevante la dimensione del non profit.

Gli articoli sulla libertà di stabilimento (in particolare oggi l'art. 55 TFUE) hanno inoltre espressamente escluso gli enti senza scopo di lucro aventi sede in uno Stato membro dal diritto di stabilirsi nel territorio di un altro Stato membro, diritto di cui godono invece le imprese a scopo di lucro e i lavoratori⁸. Anche questa differenza di trattamento mette in evidenza la tradizionale preferenza del diritto comunitario nel facilitare l'integrazione di enti commerciali e lavoratori in quella che era nata come "Comunità Economica Europea".

Se è vero che le organizzazioni senza scopo di lucro non beneficiano della libertà di stabilimento, ci si è chiesti se altri articoli del Trattato potessero giustificare una competenza comunitaria in materia di organizzazioni non lucrative.

⁶ Del resto, la sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 della Costituzione era alla base anche della sentenza della Corte Costituzionale 185 del 2018 che aveva rigettato un ricorso contro il Codice del Terzo settore proposto dalla Regione Lombardia e dalla Regione Veneto in merito ad una asserita invasione di competenze regionali sui Centri di Servizio di Volontariato.

⁷ Segnaliamo il saggio di A. Fusaro, *Gli enti del terzo settore nel codice introdotto dalla riforma*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 855 ss.

⁸ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia *Sodemare SA e altri v. Regione Lombardia* [1997] C-70/95 3 C.M.L.R. 591, p. 604.

In assenza di specifiche norme a riguardo, si è pensato di far rientrare il riconoscimento delle organizzazioni non lucrative come un corollario della piena realizzazione e il mantenimento del mercato unico⁹. Dal momento infatti che le organizzazioni non lucrative contribuiscono comunque in maniera diretta e indiretta alla produzione e consumo dei prodotti e ingenerano una occupazione tra i propri addetti, è comunque giustificato un intervento comunitario in materia. In assenza di una specifica previsione normativa, la base giuridica per intervenire è allora quella dell'articolo 352 del TFUE che disciplina le modalità di adozione di disposizioni "quando un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesto".

La principale difficoltà nel ricorso all'articolo 352 è che per la adozione di tali disposizioni è richiesta l'unanimità del Consiglio. Ed è proprio sullo scoglio dell'unanimità che si sono infranti i principali tentativi di elaborazione di un diritto uniforme da parte della Commissione, vale a dire l'emanazione di uno statuto europeo per la fondazione e uno per l'associazione, da istituirsi con regolamento europeo e quindi direttamente applicabili in tutti gli Stati membri¹⁰.

Il motivo che aveva portato alla formulazione di tali proposte era non solo quella di garantire alle organizzazioni non lucrative la possibilità di usufruire delle opportunità del mercato unico, quale quella di aprire nuove filiali o operare in Stati membri diversi da quello di origine, ma anche quella di facilitare donazioni e sovvenzioni transfrontaliere. Dato lo storico legame tra organizzazioni non lucrative e le politiche di welfare nazionali, diversi Stati membri hanno tuttavia considerato questi tentativi della Commissione come indebite ingerenze¹¹.

Nonostante l'assenza di disposizioni specifiche nei Trattati, la Corte di Giustizia ha riscontrato pacificamente che le organizzazioni non profit sono comunque soggette al diritto comunitario per tutto ciò che attiene alle norme generali che, proprio perché generali, si applicano ad esse come peraltro a qualsiasi altro soggetto di diritto. Così è, ad esempio, per quanto attiene all'articolo 18 TFUE che vieta ogni discriminazione basata sulla nazionalità. La giurisprudenza della Corte del Lussemburgo su questo articolo ha identificato il principio per cui una associazione non può essere discriminata in termini di stabilimento in uno Stato membro perché ciò equivarrebbe a discriminare indirettamente i cittadini che la compongono sulla base della loro nazionalità¹². Così pure i diritti dei lavoratori riconosciuti dalla legislazione secondaria europea, specialmente nel caso

⁹ A partire dalla relazione Fontaine, presentata al Parlamento europeo nel 1987, che indicava una serie di articoli del Trattato come base di competenza per una disciplina organica delle organizzazioni non lucrative. Cfr. Working Documents, Series A 2-196/86, 1987.

¹⁰ L'iter era partito con il piano di azione della Commissione UE nel 2003, seguito nel 2007 da un incarico per uno studio di fattibilità al Max Planck Institute di Amburgo e all'Università di Heidelberg.

¹¹ Si veda per approfondimenti sul contesto politico-normativo J. Kendall, L. Fraisse, *The European Statute of Association: Why an obscure but contested symbol in a sea of indifference and scepticism?*, LSE TSEP Working Paper 11, 2005.

¹² Come nella sentenza *Commissione v. Belgio*, C-172/98, [1999] ECR I-3999.

di trasferimenti di imprese a livello internazionale, si applicano anche ai lavoratori delle organizzazioni senza scopo di lucro¹³.

3. Le organizzazioni non lucrative in Europa: differenze nazionali e approcci diversificati

Gli ostacoli che incontrano le organizzazioni senza scopo di lucro che vogliano operare nel mercato interno dell'Unione europea sono numerosi.

A livello nazionale, questi ostacoli assumono la forma di diversi regimi giuridici che operano in ciascuno degli Stati membri, con i quali le organizzazioni senza scopo di lucro devono conformarsi se stabilite in uno di questi Stati. Vi sono infatti regimi differenti per la costituzione delle organizzazioni non lucrative¹⁴, così come i requisiti di funzionamento e gli organi¹⁵.

Per quanto attiene ai regimi fiscali ugualmente vi sono notevoli differenze, ad esempio relativamente alla portata dei privilegi fiscali che variano tra i diversi Stati¹⁶, così come all'estensione delle agevolazioni previste per l'attività svolta all'estero¹⁷ e anche per la deducibilità delle donazioni di privati nei confronti di enti esteri¹⁸.

A livello comunitario, si assiste ad una differenziazione di approcci a seconda del tipo di situazione tutelata.

Da un lato, è stato esteso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia l'ambito di agevolazioni fiscali per cui, in linea di principio, un'organizzazione non lucrativa che soddisfa i requisiti di un'esenzione fiscale di uno Stato membro non può essere discriminata in un altro Stato membro in base al suo status di non residente¹⁹. Allo stesso modo, la Commissione incentiva i ricorsi basati sulla

¹³ Così la sentenza *Sophie Redmond Stichting v. Hendrikus Bartol*, C-29/91 [1992] ECR I-03189.

¹⁴ Facendo riferimento anche solo ai requisiti di fondazione e limitando il paragone a due paesi civilistici notiamo come è nei dettagli la differenza maggiore. Così in Francia la costituzione di una fondazione richiede la registrazione e l'approvazione dello Stato con requisiti patrimoniali molto elevati soprattutto riguardo al fondo, mentre in Germania sono richieste sia la registrazione che l'approvazione, ma senza discrezionalità nell'approvazione come in Francia e con requisiti patrimoniali minimi commisurati allo scopo previsto.

¹⁵ Sempre rimanendo al solo raffronto tra Francia e Germania, vediamo che la normativa francese impone di presentare dichiarazioni e rendiconti finanziari annuali alle autorità amministrative. Questi rapporti devono essere pubblicati solo se la fondazione riceve donazioni annuali superiori ad uno specifico importo o se ha il sostegno economico di enti pubblici. Per contro, la legge tedesca non ha particolari obblighi di pubblicazione, anche se si richiedono esenzioni fiscali.

¹⁶ Le agevolazioni fiscali possono variare da esenzioni dalle imposte sul reddito, dalle imposte sul capitale, dalle imposte di successione e da altre provvidenze esentasse.

¹⁷ La legge francese subordina la condizione di esenzione fiscale alla prova che le attività siano di interesse pubblico e di natura non profit, mentre la legge tedesca richiede che la attività abbia un effetto positivo sulla Germania stessa e la sua popolazione.

¹⁸ Degli Stati membri solo Polonia, Olanda e Slovenia consentono oggi in maniera piena di dedurre dalle imposte sul reddito le donazioni di un residente fiscale nello stato verso una organizzazione non lucrativa estera. In Belgio, la materia è disciplinata dalla legge 23 marzo 2019, pubblicata sul MB il 4 aprile 2019.

¹⁹ Così la sentenza della Corte di Giustizia *Centro di Musicologia Walter Stauffer v. Finanzamt Munchen fur Körperschaften* C-386/04 Stauffer [2006] ECR I-820. Cfr. F. Becker, *Case C-*

discriminazione degli Stati membri nei confronti delle esenzioni fiscali non riconosciute alle organizzazioni non lucrative straniere, sulla base dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea, in particolare relativamente al principio della libera circolazione dei capitali.

Dall'altro lato, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla concorrenza è stata talora applicata alle organizzazioni non lucrative in contesti di intese vietate e monopoli, nonché di aiuti di Stato. Per essere soggetta alle regole della concorrenza, secondo la Corte è sufficiente che un'organizzazione senza scopo di lucro sia coinvolta in una "attività economica" indipendentemente dal suo status giuridico e dal modo in cui è finanziata. La Corte ha applicato un criterio funzionalistico, andando a vedere se l'offrire beni o servizi sul mercato integri un'attività economica oppure no, a prescindere dagli obiettivi non commerciali della organizzazione non lucrativa. Le norme comunitarie in materia di concorrenza e di mercato interno per la Corte non si applicano solo quando le organizzazioni svolgono prevalentemente funzioni sociali e realizzano attività senza scopo di lucro, di natura non commerciale.

La Commissione è poi intervenuta per chiarire che le regole del mercato interno e della concorrenza in genere non si applicano alle "attività non economiche" di organizzazioni come sindacati, partiti politici, chiese e enti religiosi, associazioni di consumatori, centri scientifici, enti di beneficenza e organizzazioni di mutuo soccorso e aiuto. Tuttavia, la definizione di attività "economica" rispetto a "non economica" non è sempre chiara, il che ha avuto due effetti opposti: ha sia indotto la Commissione a considerare la necessità di dettagliare maggiormente i diritti e le responsabilità delle organizzazioni non profit che svolgono in gran parte funzioni sociali, e ha anche spinto il Comitato economico e sociale a richiedere per le organizzazioni non profit la completa immunità dalle regole di concorrenza comunitarie.

Se si guarda infatti in giustapposizione il regime di favore della giurisprudenza sull'estensione delle agevolazioni fiscali di contro a quella sulla sottomissione delle organizzazioni non lucrative al diritto alla concorrenza emerge con evidenza una incongruenza, e cioè l'attuazione delle predette normative innesta un cortocircuito originato dal fatto di potere considerare l'agevolazione fiscale come aiuto di stato²⁰.

Il criterio della "non economicità" mostra poi i suoi limiti, perché indica una categoria ampia, il cui confine con le attività economiche, spesso strumentali al perseguimento delle finalità statutarie, è problematico. Di più, applicando il criterio della "non economicità", quando una attività è invece strutturata per offrire beni e servizi questa per il diritto della concorrenza rientra sempre, a prescindere dal suo *nomen iuris*, nella definizione di impresa. Se questo è pacifico, il principio del diritto comunitario sulla base della interpretazione di

386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer v. Finanzamt München*, (2007) 44(3) Common Market Law Review, 803.

²⁰ Così M. Helios, *Taxation of non-profit organizations and EC law*, in *EC Tax Rev.*, 2007, p. 72

"undertaking", diventa problematico qualora i beni e i servizi offerti perseguano finalità pubbliche o di assistenza sociale²¹.

In questo caso la soluzione adottata dalla Corte di Giustizia di dichiarare il conflitto con le norme sugli aiuti di stato al fine di preservare il mercato degli altri concorrenti presenti nelle stesse aree di attività con finalità di benessere generale, come ad esempio l'istruzione, la sanità, la scienza e la ricerca, rischia di pregiudicare il funzionamento di queste organizzazioni, e quindi in ultima istanza di deteriorare la fruizione di tali beni e servizi²².

Pertanto, se è pacifico che le organizzazioni non lucrative non godono di un'immunità generale dalle norme dell'UE applicabili alle loro omologhe a fini di lucro, altrettanto sarebbe importante chiarire se esista nell'alveo delle attività delle organizzazioni non lucrative qualcosa che giustifichi un regime di favore, a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'ente se società, associazione, fondazione o altro.

La giustificazione di un regime di favore può ricercarsi forse nella funzione sempre più importante che le organizzazioni non lucrative rivestono nell'agone politico, che va di pari passo con la crescente rilevanza della cosiddetta "società civile". Questo percorso che ha portato le organizzazioni non lucrative a diventare parte attiva del processo e non sono oggetto di regolazione. In quest'ottica, questo percorso può essere riassunto come un passaggio dal "No profit" al "Terzo settore".

4. Le organizzazioni non lucrative in Europa e il Terzo settore

Pur nella assenza di una base normativa diretta nel diritto primario, la Commissione europea si è trovata nel tempo a coinvolgere sempre più le organizzazioni non lucrative nei propri processi comitologici di costruzione delle politiche, così come nella comunicazione ai cittadini delle politiche europee. Basti pensare all'ambito dei diritti umani e della cooperazione allo sviluppo dove la Commissione europea si è lungamente servita della *expertise* delle agenzie di sviluppo e delle organizzazioni non governative per la definizione di una politica a riguardo²³. Anche nell'ambito delle politiche sociali e lavorative, le organizzazioni non lucrative hanno svolto un ruolo importante di collaborazione

2431

²¹ Cfr. N. Dunne, *Knowing When To See It: State Activities, Economic Activities, and The Concept of Undertaking*, in *Columbia Journal of European Law*, 2010, 16, p. 434.

²² Si veda al riguardo la sentenza della Corte di Giustizia relativa alle Fondazioni bancarie italiane C-222/04 *Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA* [2006] ECR I-289.

²³ La funzione di queste organizzazioni è stata confermata dai documenti del Parlamento europeo e del Consiglio, a partire dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 14 maggio 1992 sul ruolo delle ONG nella cooperazione allo sviluppo e dalla Risoluzione del Consiglio sulla cooperazione comunitaria con le organizzazioni non governative del 27 maggio 1991. Per un approfondimento sul ruolo delle ONG in prospettiva internazionale C.E. Welch, *NGOs and human rights: promise and performance*, Philadelphia, 2001.

con la Commissione a fronte delle resistenze degli Stati Membri su iniziative di armonizzazione²⁴.

Il crescente ruolo delle organizzazioni non lucrative in questo dialogo con le istituzioni comunitarie ha portato al riconoscimento dell'importanza di queste attività prima con il Trattato di Nizza che con l'art. 257 del Trattato CE (oggi art. 300 TFUE) aveva incluso la società civile tra i componenti del Comitato economico e sociale europeo, poi con il Trattato di Lisbona che all'art. 11 del Trattato sull'Unione europea ha richiesto alle istituzioni europee di "mantenere un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile"²⁵.

Vi è da chiedersi se questo percorso storico che ha portato ad aumentare la rilevanza a livello politico delle organizzazioni non lucrative non abbia finito per far emergere una categoria per certi versi più ristretta ma con scopi più ampi. La categoria è più ristretta perché non tutte le organizzazioni non lucrative sono coinvolte nei processi politici o ambiscono ad avere ruoli di portata generale. La categoria finisce però anche per essere più ampia perché all'interno del termine società civile vengono ad essere ricomprese attività che non si esauriscono nel loro essere non lucrative²⁶. È di tutta evidenza che il termine "società civile" può e viene usato come sinonimo di Terzo settore; tuttavia quando si parla di impresa sociale o di cooperative emerge con chiarezza una dissociazione tra il *genus* più ampio della società civile e le specifiche forme giuridiche delle organizzazioni strettamente non lucrative, quali ad esempio le fondazioni. Le ragioni che hanno portato alla riforma del Codice del terzo settore non sono aliene ad altri ordinamenti in Europa. Non esiste infatti una chiara definizione di Terzo settore: la proposta ad oggi più ampia è quella adottata nel diritto inglese di "value driven". L'identità del Terzo settore è definita come il perseguimento, in aggiunta al profitto di per sé, di ulteriori valori sociali, ambientali o culturali²⁷. Questa definizione è peraltro problematica in quanto è difficile delineare il confine tra valore sociale rispetto a quello economico²⁸.

²⁴ Si pensi tra gli altri all'iter che ha portato alla pubblicazione del Libro Verde sulla Politica sociale europea, COM (93) 551 final, o al ruolo delle organizzazioni di volontariato e delle fondazioni in Europa come identificato nella Comunicazione della Commissione corrispondente (COM(97)0241 - C4-0546/97).

²⁵ Cfr. altresì art. 15 TFUE che prescrive che "al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile".

²⁶ La stessa idea di società civile ha avuto una evoluzione al pari del pensiero politico, dall'idea di agone di confronto di una comunità, secondo il pensiero aristotelico, per passare alle diverse accezioni del pensiero moderno accomunate dalla separazione tra Stato e cittadini, fino al recupero della centralità della società civile come motore per la democrazia e lo sviluppo dei diritti umani nel pensiero postmoderno. Cfr. J. Laine, *Debating Civil Society: Contested Conceptualizations and Development Trajectories*, in *International Journal of Not-for-Profit Law*, 2014, 16, p. 59.

²⁷ Così in UK Treasury, *Exploring the role of the third sector in public service delivery and reform*, London, 2004.

²⁸ Cfr. P. Auerswald, *Creating social value*, in *Stanford Social Innovation Review*, 2007, (2), 7, p. 51.

L'importanza del Terzo settore è testimoniata dalle misure che gli Stati adottano per favorirne le iniziative. I Paesi europei concordano sul fatto che esistano giustificazioni per la concessione di speciali privilegi, in primo luogo fiscali, a fronte del perseguimento di scopi che portano un vantaggio della collettività. La fornitura di beni pubblici a beneficio della comunità da parte di organismi privati fornisce la base per le esenzioni fiscali e altri privilegi di cui godono questi organismi.

Sempre più a livello nazionale l'importanza del Terzo settore è cresciuta al pari del contrarsi delle misure di welfare nazionale²⁹. La sussidiarietà orizzontale prima ancora che un principio -in Italia costituzionale - è una esigenza sentita pressoché ovunque³⁰.

Nei vari ordinamenti europei esiste una disciplina per i tipi di organizzazioni che rientrano nel Terzo settore vuoi attraverso il ricorso al Codice civile e alla legislazione speciale, come ad esempio in Francia, Spagna e Germania, vuoi attraverso la sola legislazione speciale, come, ad esempio, in Irlanda, Svezia e Regno Unito³¹.

Nella analisi delle varie similitudini e differenze tra modelli di riferimento e tradizioni giuridiche si può cercare se esista un minimo comun denominatore in grado di giustificare il regime di favore del Terzo settore e la sua compatibilità con il diritto comunitario.

5. Il Terzo settore e l'interesse generale

2433

Da un punto di vista comparativo, la questione è duplice.

In primo luogo, la normativa nazionale in materia di organizzazioni non lucrative non esaurisce l'insieme degli enti del Terzo settore. Che cosa vi debba rientrare e che cosa no è essenzialmente una decisione di politica del diritto. Due indirizzi differenti si contrappongono e stanno influenzando il dibattito oggi in Europa. Uno più recente, di derivazione statunitense, tende a non vedere una soluzione di continuità tra i vari livelli di intrapresa privata in una gradazione che va dal no profit tradizionale fino al profit con le gradazioni di intermedie di no profit che genera anche ricavi, impresa sociale e impresa socialmente

²⁹ J. Kendall, *Third Sector European Policy: Organisations Between Market and State, the Policy Process and the EU*, TSEP Working Paper, London, 2005, p. 7 s.

³⁰ Cfr. per una disamina a livello di policy P. Beresford, S. Croft, *Welfare pluralism: the new face of Fabianism*, *Critical Social Policy*, 1983, 3, p. 9; nel raffronto europeo A. Evers, J.L. Laville, *The Third Sector in Europe*, Cheltenham, 2004; a livello italiano, tra gli altri, C. Ranci, *Oltre il welfare state: terzo settore, nuove solidarietà e trasformazioni del welfare*, Bologna, 1999. A. Simoncini, *Il terzo settore e il nuovo Titolo V della Costituzione*, in E. Rossi, P. Carrozza (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p. 72.

³¹ In Italia questo fenomeno delle figure societarie e associative di diritto speciale è particolarmente evidente. Cfr. G. Visintini (cur.), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2003.

responsabile.³² Un altro indirizzo, più risalente, ha influenzato in varia misura il continente europeo e si sostanzia nella intersezione tra lo Stato, il mercato e la comunità costituita dai privati e dalle organizzazioni sociali spontanee, nascenti dai rapporti parentali³³.

Le decisioni dei legislatori possono essere confliggenti sulla base della adesioni a nuovi modelli senza tuttavia saper procedere ad un ripensamento complessivo di determinate opzioni normative. Basti menzionare il caso dell'Italia che è stato il primo tra i Paesi europei ad adottare una normativa sulle società benefit modellato sull'esempio americano delle "benefit corporation"³⁴. Non si è però poi proceduto ad introdurre agevolazioni fiscali necessarie per stimolare la nascita di tali soggetti, dal momento che il legislatore ha inteso disincentivare quelle condotte abusive che utilizzano il beneficio comune al solo fine di ottenere un regime fiscale più favorevole.

In secondo luogo, bisogna comprendere su quali basi si possa fondare il regime di favore del Terzo settore. Apparentemente le possibilità sono tre: la tipologia di ente, gli scopi perseguiti dall'ente, le attività svolte dall'ente.

Nonostante l'estrema varietà degli enti che i nomi rappresentano, quali le associazioni, i somateio, le Verein, le fondazioni, le Stiftung, le Stichting, i trust, le charitable companies, le cooperative, le Genossenschaft, sono certamente rinvenibili uguali matrici risalenti a tradizioni del diritto comune nel civil law, o a innovazioni giurisprudenziale o legislative nel common law. Tuttavia, la legislazione durante il ventesimo secolo ha portato ad un fiorire di nuove tipologie, ad esempio le imprese sociali o di specificazioni di tipologie esistenti tale che è impossibile basarsi sulla tipologia per identificare caratteristiche fondamentali comuni.

Gli scopi perseguiti da un ente del Terzo settore sono molteplici: vi possono essere iniziative che rappresentano scopi ideali ma condivisi solo da alcuni soggetti, si pensi ad esempio ad una associazione che richieda particolari requisiti di competenze o di preferenze comuni solo ad alcune categorie di soggetti; oppure iniziative che hanno scopi generali, ma di natura politica, ove in certi Paesi questa attività è esclusa dal novero degli enti del Terzo settore, come in Inghilterra; oppure ancora scopi filantropici ma gestiti a vantaggio di determinati soggetti; come il caso di fondazioni familiari o per il supporto di determinati destinatari accomunati da certe caratteristiche. Un tempo si riteneva che l'assenza dello scopo di lucro potesse fungere da insieme riepilogativo degli scopi particolari. Anche questo oggi è complicato alla luce della evoluzione che hanno avuto gli enti del Terzo settore che spesso sono derivazioni di soggetti lucrativi. Si pensi ad esempio

³² La scala dal no profit al profit è presente già in J. Emerson, F. Twersky, *New Social Entrepreneurs: The Success, Challenge and Lessons of Nonprofit Enterprise Creation*, San Francisco, 1996.

³³ Così A. Etzioni, *The Third Sector and Domestic Missions*, in *Public Administration Review*, 33, 4, 1973, p. 314.

³⁴ La legge 28 dicembre 2015, n. 208, all'articolo 1 commi 376 e ss., ha introdotto nel nostro ordinamento la cosiddetta "società benefit" che è una società che, oltre allo scopo di lucro, persegue finalità di beneficio comune, acquisendo caratteristiche sociali e favorendo un impatto positivo a livello sociale e ambientale.

ai casi delle fondazioni di impresa³⁵. Inoltre, quando ci chiediamo un ente non lucrativo che esercita attività d'impresa commerciale da una società commerciale, la differenza fondamentale attiene all'assenza dello scopo di lucro in senso soggettivo, quindi nella possibilità di ripartire l'utile di gestione o di appropriarsi del supero netto al momento della liquidazione.

La attività svolte da un ente rappresentano un indice più sicuro per comprendere al di là delle declamazioni che se una determinata organizzazione appartenga o meno a quel genus, il Terzo settore, che è vista favorevolmente dagli Stati in forza del ruolo complementare che svolge per il *welfare*.

In questo senso, i vari ordinamenti nazionali riconoscono a determinate condizioni privilegi fiscali o provvidenze per chi porti avanti attività che comportino un interesse generale o beneficio comune, così ad esempio in Germania³⁶, in Francia³⁷, in Inghilterra³⁸.

Queste attività sono tutte di interesse generale e sono menzionate nelle normative nazionali corrispondenti. Di più, l'indagine sul tipo di attività svolto è proprio il parametro per accertare la natura di interesse generale dell'ente corrispondente³⁹.

Se differenze si possono identificare è soprattutto nell'aggiornamento delle attività di interesse generale. In Italia, nel Codice del Terzo settore si è optato per un elenco delle attività di interesse generale chiuso, al fine di ridurre la discrezionalità dei soggetti costituenti e permettere di conseguenza che possano agevolarsi della normativa enti che non svolgono effettivamente attività a beneficio della collettività⁴⁰. Nel diritto inglese la lista è chiusa, tuttavia è presente

³⁵ Cfr. S. Zamagni, *Pubblica amministrazione e terzo settore*, in C. Cittadino (cur.), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Firenze, 2008, p. 10.

³⁶ In Germania le esenzioni fiscali sono possibili anche per le società a responsabilità limitata che siano costituite per scopi benefici (*gemeinnützige Zwecke*). Il codice fiscale tedesco (*Abgabenordnung*) identifica le attività che rientrano in questo tipo di esenzioni al paragrafo §52 con un lista di oltre venti tipologie che perseguano un interesse generale, come la scienza, la religione, la salute pubblica, la cura dei giovani e gli anziani, le arti e la cultura, la conservazione della memoria storica, l'educazione, la protezione ambientale, la sanità pubblica, le persone disabili, le vittime di reati e i perseguitati e così via. Ulteriori tipologie possono essere aggiunte da procedure amministrative specifiche. (*Anwendungserrlass zur Abgabenordnung*).

³⁷ Così è nel Code général des impôts all'art. 200, lett. b) per gli "organismes d'intérêt général" che abbiano un "caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, notamment à travers les souscriptions ouvertes pour financer l'achat d'objets ou d'oeuvres d'art destinés à rejoindre les collections d'un musée de France accessibles au public, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises";

³⁸ Nel diritto inglese, rientrano nel Terzo settore tutti quegli enti che sono caratterizzati da un public benefit e perseguono finalità strettamente determinate dalla legge, così come ribadito nel Charities atto di 2011. Questo concetto è piuttosto rigido e, anche se è stato un poco ampliato negli ultimi interventi legislativi, fa riferimento alla prima definizione della materia che si fa risalire alla normativa elisabettina del 1601. Lo scopo caritatevole deve rientrare in uno o più dei 12 scopi riconosciuti dalla legge e il public benefit deve essere dimostrabile.

³⁹ Cfr. J. Garton, *The Regulation of Organised Civil Society*, Oxford, 2009, specialmente p. 15 ss.

⁴⁰ Così l'art. 5, attività di interesse generale: "tenuto conto delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 6 giugno 2016, n. 106, nonché"

una norma che permette un richiamo analogico a attività simili a quelle identificate⁴¹. Forse la soluzione migliore sarebbe quella di specificare i criteri che permettono di identificare l'interesse generale. L'interesse generale appare allora essere quel minimo comune denominatore per identificare gli enti del Terzo settore a prescindere dalla loro struttura giuridica e dal loro scopo. In tale maniera, si possono conciliare le due diverse esigenze, vale a dire quella di evitare di favorire attraverso una legislazione di favore enti che distorcano il mercato e al tempo stesso evitare l'applicazione di controlli e divieti fondamentali per salvaguardare la libera concorrenza quando si tratta di tutelare beni comuni, di interesse pubblico che devono essere sottratti ad una logica prettamente mercantilistica.

Si possono così considerare sotto diversa luce le richieste di un esonero completo dalla disciplina della concorrenza avanzate da più parti a livello europeo per gli enti che si occupano di servizi di interesse generale⁴². Di più, l'interesse generale visto sotto il profilo delle attività e non degli scopi potrebbe aiutare ad inquadrare meglio la problematica del regime applicabile agli enti non profit che

delle finalità' e dei principi di cui agli articoli 1 e 2 del presente Codice, l'elenco delle attività di interesse generale di cui al comma 1 può essere aggiornato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti, che si esprimono entro trenta giorni dalla data di trasmissione del decreto, decorsi i quali quest'ultimo può essere comunque adottato".

⁴¹ Si tratta della Sections 2,3 del Charities Act 2011 dove dopo un elenco dalla lettera a) alla l), è presente una lettera m) che permette di allargare oltre il novero dell'elenco:

- (a) the prevention or relief of poverty;
- (b) the advancement of education;
- (c) the advancement of religion;
- (d) the advancement of health or the saving of lives;
- (e) the advancement of citizenship or community development;
- (f) the advancement of the arts, culture, heritage or science;
- (g) the advancement of amateur sport;
- (h) the advancement of human rights, conflict resolution or the promotion of religious or racial harmony or equality and diversity;
- (i) the advancement of environmental protection;
- (j) the relief of those in need because of youth, age, ill-health, disability, financial hardship or other disadvantage;
- (k) the advancement of animal welfare;
- (l) the promotion of the efficiency of the armed forces of the Crown or of the efficiency of the police, fire and rescue services or ambulance services; and
- (m) any other aim, which may reasonably be regarded as analogous to any aims falling within any of above (a) to (l).

⁴² Così tra gli altri il Comitato Economico e Sociale Europeo: "...invece di soffermarsi su una rischiosa distinzione - che si va peraltro evolvendo - tra carattere economico o non economico di un servizio di interesse generale, si debbano considerare la natura del servizio, le sue funzioni e i suoi obiettivi e stabilire quali servizi rientrino nel campo d'applicazione delle norme sulla concorrenza e sul mercato interno e quali invece, per ragioni di interesse generale e di coesione sociale, territoriale ed economica, debbano esserne esentati, conformemente al principio di sussidiarietà, dalle autorità pubbliche comunitarie, nazionali, regionali o locali". Cfr. Parere sulla Comunicazione della Commissione - Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea COM(2006) 177 def. (TEN/253- CESE 426/2007).

svolgano prevalentemente funzioni sociali quando si verte in tema di appalti⁴³ La compatibilità con il diritto dell'Unione europea in tale ambito è emersa con forza in tutte quei settori, come ad esempio l'affidamento diretto dei servizi sociali e sanitari agli enti del Terzo settore, nei quali vi sono implicazione di rilevante incidenza sociale⁴⁴. Emerge dalle sentenze in materia della Corte di giustizia che la realizzazione di finalità sociali è da tenere in considerazione al pari dei principi della concorrenza, contribuendo altresì al contenimento dei costi⁴⁵. A livello di diritto primario dell'Unione è possibile una riconduzione ad una diversa disciplina, di esenzione, anche nella applicazione dell'art. 107, c.3 lett. b) del TFUE dove possono essere considerati compatibili con il mercato interno quegli aiuti di stato che sono volti a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune. Come ricordato, la Commissione ha riconosciuto il pieno sviluppo ruolo degli enti del terzo settore come una delle priorità delle sue politiche. Il limite nella applicazione di tale articolo è rinvenibile nella difficoltà di identificazione a livello di scopi o di forma giuridica dell'interesse generale di natura solidaristica che può essere esonerato dalle regole della concorrenza. Un approccio basato sull'indagine delle attività in concreto portate avanti dagli enti e la loro riconducibilità all'interesse generale potrebbe essere una soluzione operativa al completo svolgersi del principio solidaristico all'interno del quadro normativo europeo e ad un armonico bilanciamento anche a livello nazionale tra esigenze di incentivazione, come a livello fiscale, in un'ottica di welfare condiviso tra pubblico e privato, di contro alla necessità di evitare abusi nell'applicazione di regimi di favore.

⁴³ Come in EU Commission, Green Paper on Services of General Interest, COM (2003) 270 final, n. 48. Cfr. O. Breen, *EU Regulation of Charitable Organizations: The Politics of Legally Enabling Civil Society* in *International Journal of Not-for-Profit Law*, 2008, 10, p. 66.

⁴⁴ Sono numerose le sentenze della Corte di giustizia a partire dalla sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner* fino sentenza 11 dicembre 2014, causa C-113/2013, *Spezzino*. Sul punto diffusamente D. Caldirola, *Servizi sociali, riforma del Terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. It. dir. pubb. com.*, 2016, p. 733.

⁴⁵ Il principio solidaristico che in controllo si rinviene nella direttiva appalti (2014/24/UE) così come in quella concessioni (2014/23/UE), nei considerando e negli articoli che permettono di escludere alcune attività dalla contrattazione pubblica.

Il giudice come legislatore? *Lessons (to be) learned from the Bundesverfassungsgericht*

di Sonja Haberl

Abstract: Judges as law-makers? Lessons (to be) learned from the *Bundesverfassungsgericht* – The present article analyses a long-awaited and much discussed decision of the German Federal Constitutional Court, which in the specific context of the so-called *sachgrundlose Befristungen* (fixed-term employment contracts with no objective reason for the time limitation) defines both admissibility and limits of judicial law-making (*richterliche Rechtsfortbildung* or *schöpferische Rechtsfindung*). In the above decision the *Bundesverfassungsgericht* scolds the German Federal Labour Court for having “exceeded the limits of reasonable interpretation” with regard to a statutory provision regulating the possibility to use these types of contract. While the Federal Labour Court in the meanwhile has adapted to the new – rather vague – “guidelines” provided by the *Bundesverfassungsgericht*, these guidelines yet have created great legal uncertainty which most presumably only the legislator will be able to solve.

2439

Keywords: Judicial interpretation; Judicial law-making; Fixed-term employment contracts; Occupational freedom; State duties of protection.

1. Introduzione

Il fenomeno dell'attività di integrazione e sviluppo del diritto di matrice giurisprudenziale (*Richterrecht*, (*richterliche*) *Rechtsfortbildung*, *schöpferische Rechtsfindung*)¹, inserendosi nel più ampio contesto del sistema delle fonti di produzione del diritto, in Germania è oggetto di controversie “vecchie ed eterne”²,

¹ Questi solo alcuni dei concetti utilizzati in dottrina e giurisprudenza; in merito al loro sviluppo cfr. l'approfondita analisi di C. Fischer, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Tübingen 2007, in part. 34 ss. e 68 ss.; a detta dell'autore, sul tema in esame, esiste “un garbuglio terminologico” non solo in dottrina ma anche a livello giurisprudenziale ove manca una “terminologia chiara e uniforme”. Emblematica a tal proposito la nota sentenza Soraya (BVerfG del 14 febbraio 1973, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1973, 1221 ss.) nella quale la Corte costituzionale discorre indistintamente di *schöpferische Rechtsfindung*, *schöpferische Fortbildung des Rechts* e *Auslegung*.

² Così U. di Fabio, *Grenzen der Rechtsfortbildung in Europa*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Referate im Rahmen der Vortragsreihe „Rechtsfragen der Europäischen Integration 2012“, reperibile a www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Sonstige/Zentrum_fuer_Europaeisches_Wirtschaftsrecht/Schriftenreihe/heft199difabio.pdf, 24.

riguardanti innanzitutto le funzioni³ nonché i limiti⁴ di un *judge-made law* e le problematiche di politica del diritto ad essi collegate.

Il presente contributo non è finalizzato ad analizzare e prendere posizione sull'intero novero delle problematiche coinvolte da un così ampio tema di discussione, peraltro già oggetto di innumerevoli contributi in dottrina⁵. La disamina che segue prende invece spunto da una specifica sentenza, sul tema, della Corte costituzionale federale, sentenza da tempo attesa e da subito molto discussa⁶. La pronuncia riguarda delle problematiche inerenti le condizioni da rispettare per la conclusione di contratti a tempo determinato cc.dd. acausali (*sachgrundlose Befristungen*), privi cioè dell'indicazione delle ragioni economico-produttive che legittimano il datore di lavoro a ricorrere a questo specifico strumento⁷. In seno alla decisione in oggetto il giudice delle leggi tedesco non solo affronta, nell'ambito di un controllo di costituzionalità c.d. incidentale (*konkrete Normenkontrolle*, art. 100 Grundgesetz), la questione della compatibilità con il Grundgesetz della regola sottoposta a esame (cfr. *sub par. 3*). Esso prende anche e soprattutto posizione in merito ai limiti oltre i quali la *richterliche Rechtsfortbildung* non può andare, fornendo approfondimenti di respiro insolitamente ampio proprio riguardo al tema qui di nostro interesse. Più precisamente, tale parte della sentenza – a sua volta originatasi da un ricorso costituzionale individuale (*Verfassungsbeschwerde*, art. 93 co. 4 Grundgesetz) – riguarda l'interpretazione da alcuni anni adottata dalla Corte federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht*⁸) in merito alla legislazione in tema dei contratti acausali dapprima menzionati: interpretazione nei risultati limitativa del divieto di "reiterazione" cui si dirà in seguito (cfr. *sub par. 2*), e che viene giudicata incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht* in quanto "eccedente i limiti di uno sviluppo giurisprudenziale ammissibile del diritto" (cfr. *sub par. 4*).

³ Ad esempio K. Larenz, C.-W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. ed., Berlin, 1995, in part. 163 ss.; B. Rüthers, C. Fischer, A. Birk, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 8. ed., München, 2015, numeri a margine 883 ss.; G. Hirsch, *Der Richter wird's schon richten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2006, 161; W. Hassemer, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2007, 213.

⁴ Cfr. da ultimo F. Kruse, *Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, Tübingen, 2019.

⁵ Si rinvia, per ulteriori riferimenti, a Kruse, *op. cit.*

⁶ Si tratta della decisione del 6 giugno 2018, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, 2542 ss.

⁷ Si tratta di problematiche di grande attualità non solo in Germania. Cfr., per l'ordinamento italiano, l'art. 1 del D.L. n. 87/2018 (che modifica gli articoli dal 19, 21 e 28 del D.lgs. n. 81/2015), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 96/2018, e sulla base del quale il primo contratto a tempo determinato può essere acausale fino a un termine massimo di 12 mesi. La nuova disciplina trova applicazione per i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati successivamente al 14 luglio 2018, nonché ai rinnovi e alle proroghe dei contratti successivi al 31 ottobre 2018.

⁸ Nel sistema tedesco la giurisdizione è ripartita tra il livello regionale e quello federale. Mentre esistono, a livello dei *Länder*, per ciascuna delle cinque giurisdizioni previste (ordinaria, amministrativa, del lavoro, finanziaria e sociale) due gradi di giudizio (tranne per quella finanziaria, in cui è previsto un solo grado a livello regionale), la giurisdizione in ultima istanza è esercitata a livello federale (cfr. art. 95 co. 1 Grundgesetz che prevede cinque Corti Supreme federali (tra cui la Corte federale del lavoro - *Bundesarbeitsgericht*), equiordinate fra di loro e poste al vertice dei cinque ordini giurisdizionali).

La Corte federale nel frattempo ha imparato – e verrebbe da dire, per forza delle cose – la lezione impartitale: nei primi casi sottoposti alla sua attenzione successivamente alla sentenza della Corte costituzionale, ha infatti abbandonato l’orientamento interpretativo precedentemente adottato. Da queste sentenze traspare, tuttavia, che il cambiamento imposto dall’alto – contraddistinto, come si vedrà, dalla sostituzione di limiti temporali ben definiti con concetti piuttosto vaghi e (ancora) non meglio precisati – è causa di grande incertezza giuridica alla quale probabilmente solo il legislatore potrà adeguatamente rimediare (*sub par.* 5).

2. La Corte federale del lavoro come legislatore? La linea interpretativa adottata in merito ai contratti a termine “acausali”

L’interpretazione adottata dalla Corte federale del lavoro qui sotto esame riguarda il par. 14 del *Teilzeitbeschäftigungsgesetz* (*TzBfG*)⁹ – legge federale attuativa della direttiva 99/70/CE con oggetto il lavoro a tempo determinato – secondo cui è possibile concludere un contratto a termine c.d. acausale “fino alla durata di due anni”, e prevedere, fino a questo limite, anche la sua proroga “per un massimo di tre volte” (co. 2 (1)). È invece vietato ricorrere a questi tipi di contratto “qualora già in precedenza (*bereits zuvor*) fosse esistito, tra il lavoratore e il medesimo datore di lavoro, un rapporto di lavoro a tempo determinato oppure indeterminato” (co. 2 (2))¹⁰.

2441

Si potrebbe a prima vista pensare che la regola legislativa contenuta nella seconda parte della disposizione appena riportata, non sia polisemantica e suscettibile di interpretazioni contrastanti. Difatti, fin dall’inizio della sua entrata in vigore nel 2001, la Corte federale del lavoro (precisamente la seconda sezione) giudicò illegittima *ogni* limitazione nel tempo, se priva di causale (*Sachgrund*), di un contratto di lavoro qualora tra le parti in questione fosse già esistito, in (un qualsiasi) passato, un rapporto professionale. La Corte precisò a tal proposito come “in linea di principio” (*grundsätzlich*) non giochi alcun ruolo né la distanza temporale esistente tra il rapporto di lavoro passato e quello nuovo a tempo determinato, né la natura dell’attività professionale precedentemente svolta¹¹. Tale impostazione giurisprudenziale venne salutata con favore dalla stragrande maggioranza della dottrina secondo cui la regola in questione contiene un divieto “a vita” ovvero “illimitato nel tempo” di concludere un contratto c.d. consecutivo (*Kettenvertrag*) a tempo determinato¹²: e questo nell’ottica dell’obiettivo di ridurre

⁹ Legge del 21 dicembre 2000, in *Bundesgesetzblatt* I, 1966 ss.

¹⁰ In merito alla genesi di tale disposizione cfr. E. Kocher, *Sachgrundlose Befristung nur bei Erstinstellung: Auslegung im Wettstreit der Gerichte*, in *VerfBlog*, articolo del 19 giugno 2018, reperibile a verfassungsblog.de/sachgrundlose-befristung-nur-bei-erstinstellung-auslegung-im-wettstreit-der-gerichte/.

¹¹ Ad esempio Bundesarbeitsgericht, sentenza del 6 novembre 2003, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2005, 218 ss.

¹² La questione riguarda quindi la c.d. reiterazione del contratto a termine. Si veda per tutti N. Stoldt, in *Anwaltskommentar Arbeitsrecht*, vol. 2, Bonn, 2007, *sub par.* 14 TzBfG, numero a margine 91. Diversamente invece K. Löwisch, “Zuvor” bedeutet nicht: “In aller Vergangenheit”, in *Betriebsberater* 2001, 254 ss. e J.-H. Bauer, *Befristete Arbeitsverträge unter neuen Vorzeichen*, in *Betriebsberater* 2001, 2473 ss.

il più possibile l'esistenza di rapporti professionali a tempo determinato e di promuovere, in loro vece, la conclusione di contratti a tempo *indeterminato*.

Tale linea interpretativa della seconda sezione della Corte federale del lavoro fu inizialmente seguita anche da parte della settima sezione, divenuta competente per le problematiche in questione¹³. Essa subì tuttavia una modifica nel 2011¹⁴, quando si stabilì che “sulla base di un riesame delle problematiche coinvolte”, quest'ultima non era intenzionata a “mantenere l'idea di un divieto illimitato nel tempo”, ma a sponsorizzare, invece, un'interpretazione della norma contenente “un divieto non assoluto bensì limitato nel tempo”¹⁵.

Al proposito il *Bundesarbeitsgericht* evidenziò come la formula “già in precedenza” (*bereits zuvor*), contenuta nella disposizione in questione, non abbia “un significato univoco”, in quanto sarebbe accessibile a diverse interpretazioni: la si potrebbe ad esempio anche intendere nel senso di “immediatamente prima” (*unmittelbar zuvor*), piuttosto che di “una volta in passato” (*irgendwann zuvor*) oppure *jemals zuvor*). La Corte ammise, poi, che la genesi della legge in questione fosse sì “indicativa di un divieto illimitato nel tempo”, sottolineando, tuttavia, che un'interpretazione in tal senso non sia “obbligatoria” (*zwingend*) e che, in generale, l'interpretazione storica “non debba essere sopravvalutata”. Ci sarebbero invero ragioni a favore di un'interpretazione restrittiva di detto divieto, rappresentate da “motivi di praticità e di certezza del diritto”, ma anche dal *telos* della norma e “soprattutto da considerazioni di natura costituzionale”: secondo i giudici del lavoro, infatti, se anche la norma è finalizzata ad impedire che “si abusì, tramite i cc.dd. *Kettenverträge* o *Befristungsketten* (contratti consecutivi), della possibilità di concludere contratti a termine acausali”, ciò non significa che tale scopo possa essere raggiunto solamente attraverso un divieto “a vita”. Al contrario, un divieto simile impedirebbe la realizzazione dell'obiettivo insito alla norma che è quello di costruire, a favore delle persone senza impiego, “un'alternativa alla disoccupazione e al contempo un ponte verso la continuità lavorativa (*Dauerbeschäftigung*)”. E a tal proposito un divieto illimitato nel tempo non sarebbe né adeguato (*geeignet*) né necessario al fine di evitare la conclusione di contratti consecutivi: perché di “contratto consecutivo” neanche si potrebbe e dovrebbe parlare qualora “sia passato un periodo di alcuni anni” tra un rapporto di lavoro e un altro riguardante le medesime parti.

Ma è soprattutto sulla base di considerazioni di natura costituzionale, e più precisamente sulla base di “un'interpretazione orientata alla Costituzione, che tenga conto dell'ordinamento dei valori (*Wertordnung*) insito al Grundgesetz”, che il *Bundesarbeitsgericht* giunge ad affermare la necessità di interpretare la disposizione nel senso di un divieto soltanto limitato nel tempo: nel caso in cui una

¹³ Bundesarbeitsgericht, sentenza del 13 maggio 2004 in *Betriebsberater* 2005, 383 ss., Bundesarbeitsgericht, sentenza del 29 luglio 2009, 7 AZN 368/09.

¹⁴ Il “cambio di rotta” sembra essere dovuto ad una modifica nella composizione della sezione competente, ove l'1 ottobre 2009 il presidente *Hans-Jürgen Dörner* fu sostituito da *Wolfgang Linsenmaier* (che a sua volta restò presidente fino al suo pensionamento il 30 settembre 2014).

¹⁵ Bundesarbeitsgericht, sentenza del 6 giugno 2011, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2011, 905 ss.

norma legislativa sia accessibile a interpretazioni diverse, si deve infatti dare precedenza a quella che “corrisponde alle scelte di valore del Grundgesetz e che valorizzi al meglio, sulla base della c.d. concordanza pratica (*praktische Konkordanz*)” – intesa quale ragionevole conciliazione tra gli opposti diritti delle persone interessate – “i diritti fondamentali coinvolti”. E secondo la Corte federale del lavoro un divieto illimitato comprimerebbe “in maniera sproporzionata la libertà di professione (art. 12 co. 1 GG) e l’autonomia privata del lavoratore (art. 2 co. 1 GG)¹⁶” al quale anche in caso di un’attività lavorativa riguardante un passato molto risalente verrebbe impedito di concludere un (nuovo) contratto a tempo determinato acausale con il medesimo datore.

È per questi motivi che la Corte si pronuncia in favore di una limitazione temporale del divieto in questione la quale, a detta dei giudici, per “ragioni di certezza del diritto necessita di essere concretizzata”: a tal proposito la Corte ritiene che un arco di tre anni sarebbe “adatto, necessario e adeguato al fine di evitare, da un lato, che si abusì dei contratti consecutivi e, dall’altro, che venga limitata in modo sproporzionato la libertà di professione”. L’indicazione dell’arco di tre anni viene motivata tracciando un parallelo con il regolare termine – triennale, appunto – di prescrizione civilistico ai sensi del par. 195 BGB: un termine che “serve alla certezza del diritto e all’interesse del debitore il quale deve fare affidamento sul fatto che, una volta trascorso un determinato periodo, eventuali pretese nei suoi confronti si estinguano”. Secondo quanto affermato dai giudici del lavoro, riflessioni simili si devono svolgere in merito alla “necessaria limitazione temporale” del divieto contenuto nel par. 14, co. 2 (2) TzBfG: perché anche qui “una soluzione adeguata richiede di non far gravare sulle parti le difficoltà legate alla ricognizione di circostanze e fatti di un passato lontano”. E ancora: il limite dei tre anni sarebbe adeguato anche in considerazione del principio di tutela del legittimo affidamento (*Vertrauensschutz*) in quanto perlomeno da un punto di vista comune standardizzato (*typisierende Betrachtung*) sembra degno di tutela l’affidamento delle parti in merito al fatto che un contratto di lavoro, dalla cui fine sono passati più di tre anni non incida più sulla formazione di un nuovo contratto¹⁷.

Nel caso specifico esaminato dalla Corte federale del lavoro erano passati più di sei anni dalla fine del precedente rapporto di lavoro, motivo per cui, secondo quanto affermato dai giudici, il datore di lavoro era libero di concludere, con lo stesso lavoratore, un contratto a termine acausale.

¹⁶ Gli articoli costituzionali richiamati così recitano testualmente: “*Tutti i tedeschi hanno diritto di scegliere liberamente la professione, il lavoro e la formazione. L’esercizio della professione può essere regolato mediante leggi*” (art. 12 co. 1 GG) e “*Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l’ordinamento costituzionale o la legge morale*” (art. 2 co. 1 GG). È opinione unanime che l’art. 2 co. 1 GG contenga la garanzia dell’autonomia privata e della libertà contrattuale.

¹⁷ Descrive la fissazione del termine triennale quale „riferimento del tutto arbitrario al termine di prescrizione regolare” Höpfner, *op. cit.*, 895.

L'orientamento espresso dal *Bundesarbeitsgericht* nella sentenza testé illustrata, nonostante sia poi stato confermato in un caso poco successivo¹⁸, non è stato ben accetto da parte delle istanze inferiori, e in molti hanno opposto resistenza a una simile interpretazione¹⁹. Ciò innanzitutto sostenendo che la Corte federale ha “sorpassato i limiti di uno sviluppo giurisprudenziale del diritto” in quanto non rispettosa della volontà univoca del legislatore: volontà riscontrabile sulla base dei materiali preparativi della disposizione legislativa in questione che mostrerebbero molto chiaramente come il legislatore non abbia inteso introdurre nessun limite temporale in merito al divieto ivi stabilito. Inoltre si è sostenuto che in considerazione della diversa linea interpretativa adottata dalla seconda e dalla settima sezione, quest'ultima sarebbe stata in ogni caso obbligata a attivare il procedimento ai sensi del par. 45 co. 2 *Arbeitsgerichtsgesetz* (c.d. *Divergenzvorlage*)²⁰: un procedimento finalizzato alla “conservazione dell'unità giuridica” e che prevede la decisione della c.d. grande sezione (*Grosser Senat*), istituita all'interno della Corte federale del lavoro, ogniquale volta una sezione non intenda seguire la linea adottata da un'altra²¹.

Aspre critiche sono poi pervenute anche da parte della dottrina, la quale – se anche la maggioranza ha giudicato l'interpretazione adottata come una soluzione “pragmatica” e “politicamente ragionevole”²² –, ha descritto la limitazione del divieto come “metodologicamente molto discutibile”: perché un conto è voler adottare “una decisione più ragionevole” rispetto a un divieto assoluto – divieto con il quale il legislatore, secondo molti, “si è decisamente spinto troppo oltre” e che viene ritenuto “incomprensibile dal punto di vista del mercato del lavoro” –, un altro conto è invece ragionare non in merito al *singolo* caso sotto esame, ma “inventare” un *generico* termine di tre anni da applicare indistintamente a *tutti* i casi contraddistinti dalle problematiche in esame²³ (su questo aspetto cfr. anche *infra* par. 4).

¹⁸ Bundesarbeitsgericht, sentenza del 21 settembre 2011, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2012, 255 ss.

¹⁹ Ad esempio il Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg nelle sentenze del 26 settembre 2013, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2013, 2481, del 21 febbraio 2014, in *Betriebsberater* 2014, 883 ss., del 16 novembre 2016, 17a Sa 14/16 (inedita) e il Landesarbeitsgericht della Bassa Sassonia nelle sentenze del 20 luglio 2017, 6 Sa 1125/16 (inedita) e del 23 maggio 2017, 9 Sa 1154/16 (inedita); per ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr. Bayreuther, *op. cit.*, 909.

²⁰ Legge sui tribunali del lavoro nella versione del 2 luglio 1979, in *Bundesgesetzblatt* I, 853, 1036, da ultimo modificata sulla base dell'art. 5 co. 1 della legge del 21 giugno 2019, in *Bundesgesetzblatt*, I, 846.

²¹ Così il Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg nella sua sentenza del 26 settembre 2013 (cit. a nt. 19). La settima sezione aveva invece giustificato la mancata presentazione di una “*Divergenzvorlage*” sostenendo che il suo “nuovo” orientamento avrebbe rappresentato solamente una *limitazione* – e non una modifica – di un orientamento giurisprudenziale dalla stessa seconda sezione definito come mero orientamento “di principio” (*grundsätzlich*). Per approfondimenti su tale aspetto C. Höpfner, *Die Reform der sachgrundlosen Befristung durch das BAG – Arbeitsmarktpolitische Vernunft contra Gesetzestreue*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2011, 893 ss.

²² Ad es. J.-H. Bauer, *Das Verbot mehrfacher sachgrundloser Befristungen (§ 14 II 2 TzBfG) ist grundsätzlich verfassungsgemäß*, in *Arbeitsrecht Aktuell* 2018, 334.

²³ Cfr. per tutti, Höpfner, *op. cit.*, 893.

3. Il *Bundesverfassungsgericht* e il controllo di costituzionalità

Con sentenza del 6 giugno 2018, il *Bundesverfassungsgericht* ha preso posizione non solo in merito all'interpretazione adottata dalla Corte federale del lavoro, ma ha avuto modo di rispondere anche ad un'ordinanza di rinvio (*Vorlagebeschluss*) proposta dall'*Arbeitsgericht Braunschweig*, con la quale quest'ultimo chiedeva lumi in merito alla costituzionalità del par. 14 co. 2 (2) TzBfG.

Più precisamente, l'*Arbeitsgericht Braunschweig* – in linea con numerosi tribunali d'istanza, ma in disaccordo con la Corte federale del lavoro (cfr. *supra* par. 2) –, riteneva che la disposizione in questione contenesse un divieto *illimitato* nel tempo, sulla base del quale era quindi impossibile concludere un contratto a termine acausale con un lavoratore con il quale già in precedenza fosse esistito un rapporto professionale. Interpretata in tal modo i giudici però sostenevano che il divieto non fosse compatibile con la libertà di professione (art. 12 co. 1 GG), con l'autonomia privata (art. 2 co. 1 GG)²⁴, e con l'uguaglianza davanti alla legge (art. 3 co. 1 GG). Le prime due infatti conterrebbero il diritto di concludere, e di strutturare in un certo qual modo, i contratti di lavoro, e ciò includerebbe anche il diritto delle parti di prevedere un eventuale termine per il contratto concluso. Tale diritto verrebbe violato dal par. 14 co. 2 (2) TzBfG che in determinate circostanze stabilisce un divieto di concludere contratti a tempo determinato acausali: un divieto che sarebbe sproporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti dalla norma – evitare cioè la conclusione di contratti cc.dd. consecutivi –, che si potrebbero ben raggiungere anche sulla base di misure meno restrittive (*mildere Mittel*). Così, ad esempio, un divieto limitato nel tempo rappresenterebbe sì una misura meno restrittiva, ma è cosa che – in base all'interpretazione adottata dal tribunale di prima istanza – il legislatore non ha voluto introdurre. La norma in questione sarebbe poi incompatibile anche con il principio dell'uguaglianza formale in quanto tratterebbe in maniera diversa tra di loro lavoratori con, e lavoratori senza, precedente rapporto di lavoro con il medesimo datore: un trattamento diverso che secondo i giudici, seguendo il percorso argomentativo appena esposto, non si giustifica sulla base dello scopo finalizzato ad evitare la conclusione di contratti consecutivi.

Nella sua decisione, la Corte costituzionale afferma la compatibilità con il Grundgesetz della disposizione controversa, a condizione però, come vedremo, di una sua “interpretazione conforme alla Costituzione” sulla cui base la norma non è da applicarsi in “casi eccessivamente onerosi”.

Nel dettaglio, il giudice delle leggi ammette che il divieto in questione pregiudichi, nell'ambito dell'art. 12 co. 1 GG, sia la libertà professionale del datore del lavoro, che quella del lavoratore: il primo interessato “ad una flessibilizzazione delle condizioni di lavoro” al fine di “poter reagire – in modo flessibile, appunto –, sulla base di nuove assunzioni, ad oscillanti flussi di ordini (*Auftragslagen*) nonché a condizioni di mercato in cambiamento”. Quanto al secondo, laddove si tratti di un lavoratore con alle spalle un precedente rapporto di lavoro, quest'ultimo,

²⁴ Cfr. nota 16.

rispetto ai lavoratori senza un tale precedente impiego, “avrà tipicamente meno *chances* nella concorrenza per un posto di lavoro a tempo determinato acausale”. Ed è per questo motivo che il divieto in esame intacca la libertà di professione. Tale limitazione della libertà professionale di entrambe le parti sarebbe però giustificata in considerazione del legittimo obiettivo perseguito, e cioè di voler “escludere il pericolo dell’istaurarsi di contratti consecutivi” – contratti di norma accettati da chi si trova “in una posizione di mercato strutturalmente inferiore” – al fine di garantire, in loro vece, “quale regola, impieghi a tempo indeterminato”. In modo insolitamente netto e pronunciato²⁵ la Corte costituzionale a tal proposito riafferma che l’art. 12 co. GG non contiene soltanto un diritto di natura difensiva (*Abwehrrecht*) ma anche un dovere di protezione a carico dello Stato (*staatliche Schutzpflicht*) il quale è chiamato a modellare (*gestalten*) il diritto del lavoro in modo tale da assicurare un “equo bilanciamento dei diritti fondamentali in collisione”.

Delineato in questo modo il contesto, il giudice delle leggi prosegue a sottolineare come il legislatore, nel tentativo di trovare una siffatta “ragionevole conciliazione tra i diritti fondamentali delle parti”, godi di un “ampio margine discrezionale” (*weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum*), e come la disposizione in esame, sulla base di quanto appena detto, soddisfi il bilanciamento richiesto. Il par. 14, co. 2 (2) TzBfG, interpretato nel senso di un divieto *illimitato* nel tempo (seppur, come fra poco vedremo, con le dovute eccezioni), non sarebbe infatti soltanto idoneo (*geeignet*), ma anche necessario (*erforderlich*) al fine di raggiungere suddetto obiettivo – e cioè la promozione di impieghi professionali a tempo indeterminato – in quanto non esisterebbe “un mezzo altrettanto efficace e meno restrittivo al fine di raggiungerlo”. Così, ad esempio, la fissazione di un limite temporale (*Karenzzeit*), sarebbe “sì un mezzo meno restrittivo ma non altrettanto idoneo che il legislatore sarebbe stato obbligato a preferire”²⁶: cosa che al contempo non significa che esso non sarebbe stato *legittimato* a introdurlo, sempre a condizione, naturalmente, di un equo bilanciamento degli interessi in collisione. Un eventuale limite infatti dovrebbe essere “sufficientemente ampio al fine di evitare che si cerchi di aggirare, sulla base della conclusione di rapporti a breve termine, la regola base della precedenza di rapporti professionali a tempo indeterminato”. A tal proposito in dottrina si è avanzata l’ipotesi che sarebbe allora “pensabile” – e cioè compatibile con la Costituzione –, l’introduzione (*legislativa!*) di un termine prefissato che potrebbe essere di tre o due anni²⁷, ma forse anche di soli dodici mesi²⁸.

Come già più sopra accennato, nell’affermare la costituzionalità del divieto in questione, la Corte costituzionale tuttavia precisa che le Corti di lavoro possono

²⁵ Così Kocher, *op. cit.*, 3.

²⁶ Contra B. Schiefer, *Entwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen oder: Überregulierung statt Deregulierung, Umverteilung statt Flexibilität*, in *Der Betrieb* 2000, 2118; K. Löwisch, *op. cit.*, 254; Bauer, *Befristete Arbeitsverträge unter neuen Vorzeichen*, *cit.*, 2475; che unanimemente valutano la *Karenzfrist* quale mezzo altrettanto idoneo.

²⁷ Così ad esempio Bayreuther, *op. cit.*, 906.

²⁸ Così Höpfner, *op. cit.*, 895.

– *rectius*: devono – escluderne l'applicazione, “sulla base di un'interpretazione conforme alla Costituzione”, in tutte quelle ipotesi specifiche in cui il ricorso ad esso risulterebbe “eccessivamente oneroso”.

Tali parole del giudice delle leggi in parte sono una conferma di quanto già sostenuto dal *Bundesarbeitsgericht* – e cioè la necessità di interpretare la norma “conformemente alla Costituzione” –, con la differenza però che l'interpretazione conforme intesa dal primo non corrisponde a quella di cui sino ad ora ha fatto uso la seconda (cfr. *infra* par. 4): la Corte costituzionale infatti sottolinea che l'interpretazione conforme alla Costituzione esige un'accurata valutazione della singola specifica fattispecie di volta in volta sottoposta a esame, al fine di verificare se l'applicazione del divieto sia davvero una cosa “eccessivamente onerosa”: e ciò significa, a detta della Corte, che il divieto non è da applicarsi in tutti quei casi in cui “non esiste il pericolo del concludersi di contratti consecutivi sulla base dello sfruttamento dell'inferiorità strutturale del lavoratore” e qualora il divieto “non sia necessario al fine di preservare il rapporto professionale a tempo indeterminato quale forma regolare di lavoro”. Più precisamente, di “eccessiva onerosità” si potrebbe ad esempio parlare qualora si tratti di un precedente rapporto di lavoro “radicato in un passato molto lontano”, “dalla natura molto diversa” oppure “di una durata brevissima”, come ad esempio nel caso di rapporti marginali esercitati durante il periodo degli studi universitari: oltre agli elementi temporali come la “lontananza” del precedente rapporto di lavoro, la Corte costituzionale introduce quindi anche elementi di carattere sostanziale, come dimostra il riferimento alla natura del lavoro svolto. Qualora si verificassero circostanze simili – si noti che i casi riportati dal giudice delle leggi sono comunque meramente esemplificativi e quindi non esaustivi –, i tribunali di istanza *possono* e *devono* limitare il campo di applicazione del par. 14 co. 2 (2) TzBfG. In dottrina si è a proposito parlato di una sorta di “*kleine teleologische Reduktion* della disposizione”²⁹ che il giudice delle leggi esige dalle corti del lavoro: un'interpretazione teleologica con la quale però la linea interpretativa sinora adottata dalla Corte federale del lavoro non è compatibile.

Vedremo ora il perché.

4. (*segue*). L'orientamento della Corte federale del lavoro al vaglio del *Bundesverfassungsgericht*: il ricorso costituzionale individuale

L'orientamento interpretativo della Corte federale del lavoro viene sottoposto a esame per mezzo di un ricorso costituzionale individuale (*Verfassungsbeschwerde*) ove se ne lamenta l'incompatibilità con l'art. 2 co. 1 GG³⁰ così come letto alla luce dell'art. 20 co. 3 GG³¹. Secondo quanto ritenuto dal ricorrente, l'interpretazione adottata dai giudici federali del lavoro infatti “non rispetta la volontà chiaramente ravvisabile del legislatore”, con ciò eccedendo i limiti di un ammissibile sviluppo giurisprudenziale del diritto. Il *Bundesverfassungsgericht* condivide il senso del

²⁹ Così Bayreuther, *op. cit.*, 908; simile anche Kocher, *op. cit.*, 3.

³⁰ Cfr. nota 16.

³¹ Secondo l'art. 20 co. 3 GG “la legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge e al diritto”.

ricorso e, per conseguenza, “cassa” l’orientamento adottato dal *Bundesarbeitsgericht* sin dal 2011.

L’iter argomentativo della Corte costituzionale muove da considerazioni molto generali in merito alla *richterliche Rechtsfindung* o *Rechtsfortbildung*. A detta della Corte, quest’ultima rientra tra i “compiti delle Corti”, cosa che “dal legislatore viene riconosciuto da molto tempo”. E invero, è il legislatore stesso che ha attribuito tale compito alle (cinque) Corti federali, e così anche a quella del lavoro: sulla base del par. 45 co. 4 *Arbeitsgerichtsgesetz*, le sezioni al suo interno possono infatti rivolgersi alla (già nominata) c.d. grande sezione (*Grosser Senat*) affinché questa “si pronunci in merito a una questione di significato fondamentale quando lo si ritiene necessario *ai fini dello sviluppo del diritto* (ovvero al fine di garantire unitarietà nella giurisdizione)”. Nell’assolvere a questo compito dello sviluppo giurisprudenziale le Corti, tuttavia, non devono “sottrarsi al senso e allo scopo della legge fissati dal legislatore”, ma sono tenuti a rispettare “la decisione legislativa di base (*gesetzgeberische Grundentscheidung*) da esso adottata”. Un’interpretazione che trascura o falsifica la volontà chiaramente ravvisabile del legislatore, rappresenta, infatti, non solo “un’intervento inammissibile nelle competenze del legislatore” – costituendo, quindi, una violazione del principio della separazione dei poteri ai sensi dell’art. 20 co. 2 GG³² –, ma costituisce “anche violazione dell’art. 20 co. 3 GG, secondo cui la giurisdizione è soggetta alla legge”. Ipotesi che si sarebbe verificata anche nella fattispecie sotto esame, nella quale la Corte federale del lavoro “si allontana dalla decisione legislativa di base adottata al fine di sostituirla con un *proprio* modello regolatore che il legislatore indubbiamente non ha voluto”, con ciò “eccedendo i limiti ammissibili di uno sviluppo del diritto ad opera delle corti”.

A tale risultato la Corte costituzionale giunge non tanto sulla base della lettera della norma – qui il giudice delle leggi concorda con la Corte federale del lavoro secondo cui l’espressione “*bereits zuvor*” può essere interpretata in diversi modi³³ – o della sistematica della legge: secondo il *Bundesverfassungsgericht* entrambe infatti “non sono concepite in modo tale da portare ad un risultato obbligatorio” (*zwingendes Ergebnis*). Altro invece risulta, ad avviso dei giudici costituzionali, dai materiali della legge e dalla sua genesi che “mostrano con evidenza quale sia la concezione legislativa posta a base della norma in questione”: e cioè un divieto assoluto e non solo limitato nel tempo. A questi materiali va attribuito, a detta della Corte, un “effetto di indizio (*Indizwirkung*) tutt’altro che insignificante”, effetto che in fin dei conti finisce per essere un “vincolo obbligatorio” rispetto a quella che è “la volontà chiaramente ravvisabile” del legislatore³⁴. Non trova infatti il benessere del giudice delle leggi l’idea espressa

³² L’articolo costituzionale richiamato così recita testualmente: “*Tutto il potere statale emana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo per mezzo di elezioni e di votazioni e per mezzo di organi speciali investiti di poteri legislativo, esecutivo e giudiziario*”.

³³ Cfr. *supra* par. 2. Tuttavia, in dottrina tale orientamento è stato criticato come “acrobazia interpretativa” (così Höpfner, *op. cit.*, 897), mentre nelle istanze inferiori si è parlato di “sforzi semantici” (*semantische Bemühungen*), cfr. *AG Baden-Württemberg*, nella sentenza del 26 settembre 2013 (cit. a nt. 19).

³⁴ Kocher, *op. cit.*, 2.

dalla Corte federale del lavoro la quale sostiene che l'interpretazione storica —su cui anch'essa si basa, giungendo tra l'altro alla stessa conclusione (*sic!*), e cioè che essa fosse “indicativa di un divieto illimitato nel tempo”³⁵ – “non debba essere sopravvalutata”: una valutazione simile sarebbe rappresentativa del fatto che la Corte del lavoro ha “del tutto messo da parte (*beiseite geschoben*)” la volontà del legislatore, e ciò, nel risultato, porta ad un'interpretazione che eccede i limiti ammissibili. In sostanza, il giudice delle leggi, con riferimento alla *Rechtsfortbildung* adoperata dalla Corte federale del lavoro, non critica tanto il metodo impiegato, quanto piuttosto il concreto risultato interpretativo da essa conseguito³⁶.

Per questi motivi, la posizione dimostrata dal *Bundesverfassungsgericht* non è stata descritta soltanto come un (rinnovato) monito rivolto ai tribunali di istanza di adoperare una sorta di *self-restraint* nel (sensibile) ambito dello sviluppo giurisprudenziale del diritto: un monito che sembra voler fissare limiti ancora più stretti di quelli da ultimo stabiliti nell'ambito della giurisprudenza (propriamente) civilistica³⁷. Il modo di argomentare da parte del giudice delle leggi è stato criticato anche in quanto ritenuto rappresentativo del fatto che il giudice delle leggi non voglia rispettare l'attribuzione alle Corte federali del compito della *Rechtsfortbildung*. Al contrario, la posizione espressa dalla Corte costituzionale dimostrerebbe come quest'ultima intenda riservare a sé stessa la competenza dell'ultima decisione da adottare in merito alle *modalità concrete* dello sviluppo giurisprudenziale del diritto. Operando in tal modo, si è detto, il *Bundesverfassungsgericht* si avvicina di non poco a quello che non dovrebbe – e che costantemente ribadisce di non (voler) – essere: e cioè una *Superrevisionsinstanz*, una “super Corte generale di ultima istanza” che sulla base di “un fitto controllo delle considerazioni svolte dai tribunali di istanza” (*engmaschige Kontrolle fachgerichtlicher Erwägungen*) interviene in merito a “questioni riguardanti l'applicazione corretta del diritto”³⁸.

³⁵ Anche in dottrina si sostiene che l'interpretazione storica dimostra *inequivocabilmente* che la volontà del legislatore è quella di limitare i contratti in questione alla prima assunzione; si veda per tutti Höpfner, *op. cit.*, 897; contro, ma sulla base di argomenti non del tutto comprensibili, solo Bayreuther, *op. cit.*, 907.

³⁶ Un risultato che – almeno secondo quanto affermato da una parte della dottrina – non sembra essere rappresentativo di una posizione “così fuori luogo e del tutto insostenibile da essere in contraddizione abissale con i metodi di interpretazione riconosciuti, cfr. Bayreuther, *op. cit.*, 907 e Kocher, *op. cit.*, 3. Diversamente invece Höpfner, *op. cit.*, 896, secondo cui la Corte federale del lavoro, attribuendo ai materiali legislativi “un valore soltanto secondario” muove da “una scorretta posizione metodologica”: questo in quanto disattende il riconoscimento, da parte della Corte costituzionale federale, del c.d. metodo interpretativo soggettivo (e non più oggettivo), adottato a partire da una decisione di principio (*Grundsatzbeschluss*) del 25 gennaio 2011 (in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 128, 2011, 193 ss.) e sulla cui base si deve fare riferimento – e attribuire un significato *fondamentale* – alla volontà del legislatore storico.

³⁷ Il riferimento è sempre alla sentenza del 25 gennaio 2011 (cfr. la nt. precedente) che ha dichiarato incostituzionale il metodo di tripartizione dell'obbligo alimentare (*unterhaltsrechtliche Dreiteilungsmethode*) adoperata dal Bundesgerichtshof (ad es. sentenza del 30 luglio 2008, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 3213 ss.).

³⁸ Così perlomeno secondo quella dottrina a detta della quale l'interpretazione della Corte federale del lavoro non è rappresentativa di un orientamento che eccede i limiti di un'interpretazione ammissibile: v. Bayreuther, *op. cit.*, 909 e Kocher, *op. cit.*, 3.

Con ciò non si intende dire che la linea interpretativa adottata dalla Corte federale del lavoro non sia criticabile. Lo è, ma sotto un altro aspetto, ovvero dal punto di vista metodologico: l'orientamento adottato dal *Bundesarbeitsgericht* è infatti rappresentativo di un atteggiamento da “legislatore sostitutivo” (*Ersatzgesetzgeber*) in quanto la Corte si è permessa di “inventare”, ovvero di introdurre una volta per tutte, un *generico* termine triennale, stabilendo una regola *astratta* laddove avrebbe dovuto limitarsi a sviluppare il diritto quale *case law* nel singolo caso specifico. Una specie di *reading-in*, potremmo dire, non riferito però ad una specifica fattispecie ma che astrae dal singolo caso per portare, in fin dei conti, ad uno sviluppo del diritto “simil-legislativo” (*gesetzesähnlich*)³⁹. È quindi sotto questo specifico aspetto che si verifica la violazione del principio della separazione dei poteri e del vincolo del giudice alla legge: perché se anche si volesse sostenere che si tratti di una sentenza emessa da giudici nel caso concreto dai più ritenuti “più saggi del legislatore”, in uno Stato di diritto democratico “non spetta al più saggio decidere, ma a chi è democraticamente legittimato”⁴⁰.

5. *The lessons learned*, ovvero: il nuovo orientamento della Corte federale del lavoro e le prospettive per il futuro

2450

La Corte federale del lavoro non ha dovuto aspettare a lungo per reagire a quanto dettato dalla Corte costituzionale. Già all'inizio dell'anno le si sono presentate due occasioni⁴¹, nell'ambito delle quali ha proceduto a quel cambio di rotta oramai diventato inevitabile. In entrambi i casi, difatti, le decisioni vengono descritte come “poco sorprendenti” in quanto conseguenza ovvia delle “direttive” dei giudici costituzionali: la stessa *Bundesarbeitsgericht* sottolinea come queste abbiano “forza di legge” e siano quindi la ragione per “l'ineluttabile abbandono dell'orientamento sinora adottato in merito all'interpretazione del par. 14 co. 2 (2) TzBfG”. Al contempo i giudici giuslavoristi ci tengono a precisare che, in linea con quanto affermato dal *Bundesverfassungsgericht*, sia possibile e necessario limitare l'ambito di applicazione del divieto in questione: sulla base di un'interpretazione della norma conforme alla Costituzione si deve infatti evitare che l'applicazione del divieto risulti “eccessivamente onerosa”.

Abbiamo già accennato al fatto che i casi esemplificativi a tal proposito riportati dal *Bundesverfassungsgericht* (cfr. *supra* par. 3) rimangano cosa piuttosto vaga e che essi non possano, quindi, rappresentare altro che una sorta di linea guida bisognosa di ulteriore precisazione. Dalla stessa sentenza della Corte costituzionale, difatti, non emerge che cosa si debba intendere con un passato “molto lontano”, una natura “molto diversa”, o una durata “brevissima”. Certo è

³⁹ S. Greiner, C. Senk, *Konzerndimensionales Vorbeschäftigungsverbot? Die Leitentscheidung des BVerfG zu § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG und ihre Konsequenzen für das Befristungsrecht*, in *Recht der Arbeit* 2019, 236.

⁴⁰ Così Höpfner, *op. cit.*, 899, citando J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2005, 110.

⁴¹ Si tratta delle due sentenze „parallele“ del 23 gennaio 2019 (BAG 7 AZR 733/16, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2019, 700 e BAG 7/AZR 13/17, reperibile a juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&nr=22347).

che il giudice delle leggi ha negato un (qualsiasi) limite temporale che fosse *rigido*, preferendo in sua vece il ricorso a concetti ancora non meglio precisati che da più di qualcuno sono stati criticati perché nella prassi aiutano “poco o niente”⁴² e si sono, nel frattempo, già rivelati causa per una maggiore incertezza giuridica⁴³.

Per questo, nei casi sottoposti all’attenzione della Corte federale di lavoro, a quest’ultima non restava altro che affermare come “la Corte costituzionale non abbia meglio definiti” i concetti di cui sopra e come, per questo, la valutazione del caso esiga un’attenta “disamina della singola fattispecie” che prenda in considerazione “tutte le circostanze, tenendo conto delle ipotesi esemplificative fornite dal giudice delle leggi”.

Sulla base di queste considerazioni la Corte federale del lavoro giunge a ritenere, in entrambi i casi, che l’applicazione del divieto non risulti “eccessivamente onerosa”, in quanto non sono soddisfatti i presupposti per una sua limitazione: questo perché la Corte non nutre nessun dubbio, né in un caso né nell’altro, circa la natura molto simile degli impieghi in questione, nonché circa la durata del precedente rapporto, giudicato come “senz’altro non brevissimo”⁴⁴. Ma anche in merito al terzo caso esemplificativo fornito dal *Bundesverfassungsgericht* – ovvero l’idea che il divieto non si applichi qualora il precedente rapporto sia radicato in un “passato molto lontano” –, la Corte federale del lavoro non ritiene persistano i presupposti. A tal proposito essa sottolinea come la preconditione sia, appunto, un passato “*molto* lontano” e non soltanto “lontano”, e di questo non si tratterebbe nei casi *sub iudice*, riguardanti, rispettivamente, contratti di cinque e otto anni fa. Di più: i giudici lavoristi si orientano in questi termini anche in due casi successivi, con riferimento a contratti di quasi nove⁴⁵ e persino di quindici anni fa⁴⁶. Malgrado in queste ipotesi sia vero, a detta della Corte, che “il pericolo del concludersi di contratti consecutivi” è da ritenersi piuttosto “scarso”, sarebbe comunque messo a rischio l’obiettivo che il legislatore persegue con il divieto in questione: e cioè quello di “tutelare e preservare il rapporto professionale a tempo indeterminato quale forma principale di lavoro” e di prevedere solo in casi eccezionali la conclusione di *sachgrundlose Befristungen*. Tale obiettivo non verrebbe raggiunto se il datore di lavoro, una volta decorsi quindici anni (e a maggior ragione negli altri casi di cinque, otto e nove anni), avesse la possibilità di concludere nuovamente un contratto a tempo determinato in assenza di una ragione obiettiva.

⁴² Bauer, *Das Verbot mehrfacher sachgrundloser Befristungen*, cit.

⁴³ Bayreuther, *op. cit.*, 905.

⁴⁴ In un caso la durata del precedente rapporto era di diciotto mesi – si avvicinava quindi al limite massimo possibile di un contratto a tempo determinato (par. 14 co. 2 (1) TzBfG) e veniva, già per questo, giudicata come “non brevissima”. Nell’altro caso in cui era invece di nove mesi, la Corte traccia un parallelo con i termini di preavviso stabiliti dalla legge di tutela contro i licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz*). Essa prevede che „dopo sei mesi i lavoratori sono tutelati contro il licenziamento“, motivo per cui, a detta della Corte, „la durata di un rapporto professionale di nove mesi non è da considerarsi “brevissimo”.

⁴⁵ BAG, sentenza del 20 marzo 2019, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2019, 1274 ss.

⁴⁶ BAG, sentenza del 17 aprile 2019, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2019, 1271 ss.

Se un periodo di tempo di quindici anni a prima vista potrebbe anche sembrare un periodo “molto lungo”, diventa qui centrale, per il percorso argomentativo della Corte, un altro elemento di natura temporale. I giudici infatti spiegano il loro ragionamento sulla base del fatto che “una vita professionale, da un punto di vista comune standardizzato (*typisierende Betrachtung*), comprende almeno quarant’anni”: di conseguenza, un datore di lavoro, nello specifico caso dei quindici anni, potrebbe ricorrere a ben tre contratti a termine acausali della durata di due anni – più precisamente “all’inizio, a metà e alla fine della vita lavorativa” del lavoratore –, mentre negli altri casi questi contratti si ripeterebbero, lungo la vita lavorativa di un unico soggetto, persino per quattro, rispettivamente cinque volte. È sulla base di tali numeri, argomenta la Corte, che quei tipi di contratti non rappresenterebbero più – come dovrebbero – un caso eccezionale, finendo per mettere a rischio l’obiettivo dell’instaurarsi di rapporti professionali a lungo termine.

Cosa aspettarsi, dunque, in futuro? È possibile ipotizzare un limite dopo il quale il datore di lavoro potrà nuovamente ricorrere alla conclusione di un contratto a tempo determinato acausale?

Se la dottrina, all’indomani delle prime due sentenze emesse dalla Corte federale aveva sostenuto che una riduzione dell’ambito di applicazione del divieto “si avrà, presumibilmente, soltanto in casi rarissimi” – motivo per cui “era consigliabile, per il datore di lavoro, concludere contratti a tempo determinato soltanto in *presenza* di una causale (ove il divieto in questione non si applica) – già nell’ultima delle sentenze qui esposte un indizio i giudici lavoristi sembrano averlo fornito: in tale sentenza dell’aprile 2019⁴⁷, a (ulteriore) conferma del fatto che quindici anni “non rappresentano un periodo *molto* lungo”, la Corte traccia un parallelo con il par. 622 co. 2 BGB: disposizione sulla base della quale “il termine di preavviso (*Kündigungsfrist*) in assoluto più lungo possibile è stato previsto dal legislatore unicamente per rapporti professionali di una durata di venti, e non già di quindici anni”. Già tale – seppur brevissimo – riferimento, in dottrina è stato valutato come indicativo “per la direzione da seguire”: all’indomani della sentenza si era infatti ipotizzato che l’ambito di applicazione del divieto dovrà essere ridotto *soltanto* nel caso di contratti precedenti radicati in un passato di almeno vent’anni fa⁴⁸.

E sembra che non si sia andati completamente “fuori strada” con l’ipotesi prospettata: perché mentre si scrivono le presenti pagine è stato pubblicato un comunicato stampa che riassume brevemente l’esito della finora ultima (e ancora inedita) sentenza che la Corte federale del lavoro ha pronunciato in merito alle problematiche qui affrontate⁴⁹. Dalla sintesi presente nel comunicato risulta che i giudici lavoristi abbiano ritenuto che un contratto concluso ventidue anni fa risalga, perlomeno “in linea di principio” (*grundsätzlich*), a un passato “molto lontano”.

⁴⁷ Cfr. BAG, sentenza del 17 aprile 2019 (cit. alla nota precedente).

⁴⁸ J.-H. Bauer, *Sachgrundlose Befristung und Vorbeschäftigung*, in *Arbeitsrecht Aktuell* 2019, 488.

⁴⁹ Si tratta di BAG, sentenza del 21 agosto 2019, Az. 7 AZR 452/17.

L’orientamento della Corte, che quindi afferma un’“eccessiva onerosità”, e di conseguenza l’esigenza di ridurre l’ambito di applicazione del divieto – seppur soltanto “in linea di principio” qualora non ricorrano (nel comunicato stampa non meglio precisate) “circostanze particolari” – sostanzialmente permette al datore di lavoro di concludere, con lo stesso lavoratore, due contratti a termine acausali. Tornando quindi all’altro elemento temporale di cui sopra – i quarant’anni di una vita professionale media – si dovrebbe ritenere sufficiente anche un contratto radicato in un passato di diciotto anni fa: anche in questo caso, difatti, non sarebbero più di due i contratti a termine acausali con lo stesso lavoratore.

Comunque sia, per una maggiore concretizzazione dei limiti temporali in questione non resterà che aspettare i futuri interventi della Corte federale del lavoro. A meno che nel frattempo non decida il legislatore di intervenire: sollecitato più volte, e con veemenza da quando nel 2011 la Corte federale del lavoro aveva cambiato rotta, esso dovrebbe finalmente sfruttare l’occasione per definire al meglio i contorni del divieto in questione.

Una regola trasparente e legislativamente prescritta, che tenga conto degli elementi – di natura temporale e sostanziale – forniti dalla Corte costituzionale, al fine di vigilare al meglio sul possibile abuso dello strumento in questione, non solo porterebbe ad una maggiore certezza del diritto. Esso contribuirebbe anche a realizzare quanto prospettato nell’accordo di coalizione tra CDU, CSU e SPD del 2018, ove si discorre di “una vera e propria svolta” in riferimento ai *sachgrundlose Befristungen*, in quanto “destinati a scomparire, o perlomeno ridursi a casi eccezionali” e ciò, come sempre si legge nell’accordo, al fine del raggiungimento della piena occupazione, del “buon lavoro” e della partecipazione sociale⁵⁰.

⁵⁰ L’accordo è reperibile al sito www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1.

I diritti della Natura e la visione biocentrica tra l'Ecuador e la Bolivia

di Emma A. Imparato

Abstract: Rights of Nature and the biocentric perspective between Ecuador and Bolivia

– The article examines as the matter of the environmental law is changing not only in some Constitution – as, for example, Ecuador – but in the jurisprudence vision too. Starting from a purely anthropocentric vision – i.e. protecting nature for the good of presently living humans – to acknowledge an intrinsic value of nature, judges begin to recognize all members of the community as subjects before the law, with the right to the protection of the law and to an effective remedy for human acts that violate their fundamental rights.

2455

Keywords: Right of Nature; Biocentric vision.

1. I comparatisti e la tassonomia

I comparatisti nutrono una certa avversione per lo studio formalista del diritto¹ ritenendo riduttivo l'analisi dei fenomeni giuridici dal punto di vista della mera descrizione asettica e imparziale. Mostrano perciò una peculiarità rispetto ai colleghi studiosi del diritto costituzionale/pubblico interno, ponendo particolare attenzione alla cornice storica² e sociologica in cui pure contestualizzano il diritto. Nello stesso tempo però, rispetto a questa visione che potremo dire 'materiale' del diritto, in maniera contraddittoria, percepiscono come necessaria l'elaborazione di astratte 'categorie' quanto ai fenomeni considerati³, ritenendola un'operazione

¹ Cfr. A. Somma, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 109, 2004, p. 177 e ss.

² Del resto la comparazione non può essere indifferente rispetto al dato storico. Come sostiene anche Gorla "i problemi e le funzioni del diritto comparato stanno in connessione con i vari periodi della storia più generale del diritto (di un certo gruppo più o meno ampio di paesi rappresentanti un'unità cultural)". G. Gorla, *Prolegomeni a una storia del diritto comparato europeo*, in *Foro it.*, 1980, parte V, p. 13 e ss. Per un'attenta e lucida ricostruzione del legame tra storia e diritto comparato nella visione dei giuscomparatisti v. G. F. Ferrari, *Law and history: some introductory remarks*, in M. Brutti, A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico. Global Perspectives on Legal History*, 2018, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, p. 187, reperibile online all'indirizzo: <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>

³ Per un'analisi, dal punto di vista della scienza sociale, delle definizioni esplicite e delle accezioni implicite dei termini 'classificazione' e 'tassonomia' in quanto operazioni, che consente di "riconoscere tre principali famiglie di significati", si rinvia a A. Marradi, *Classificazioni, Tipologie, Tassonomie*, in *Enc. Sc. Soc.*, vol. II, 1992, p. 22 e ss. Per quelle giuridiche, con un approccio critico della dottrina, M. Troper, *Les classifications en droit constitutionnel*, in *Rev. Dir. publ.*, 1989, p. 945.

indispensabile nella propria opera di sistematizzazione. Ciò accade perché questi tentativi classificatori, di per sé inevitabilmente provvisori⁴ giacché legati anche ai processi storici, realizzati seguendo uno schema tassonomico, sono ritenuti utili ai comparatisti e in genere agli studiosi del diritto, facilitando l'analisi degli ordinamenti giuridici dei diversi Paesi e dei relativi istituti⁵.

In quest'ottica, si effettuano classificazioni ad esempio, per basi di conoscenza, con varie categorie a seconda delle fonti di diritto quale espressione delle diversità dei sistemi giuridici⁶. Si parla a tal proposito di "famiglie giuridiche" tra cui le più note, secondo la tradizionale dicotomia, la famiglia di *common law* e quella di *civil law*, a cui si aggiungerebbero poi, in via solo residuale, ancora oggi, le altre famiglie, connotate da fondamenti di tipo religioso o filosofico⁸. I Paesi

⁴ Così G. F. Ferrari, *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2010, p. 21.

⁵ Specificamente, sul metodo comparato si veda, in particolare, L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014; L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017; R. Scargiglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 2005 nonché P. G. Monateri (a cura di), *Methods of comparative law*, Cheltenham, 2012.

⁶ Per un'esauritiva panoramica delle classificazioni proposte nel tempo dalla dottrina, v. G. F. Ferrari, *Atlante di diritto pubblico comparato*, op. cit., p. 1 e ss.

⁷ In merito al rapporto tra *common law* e *civil law*, dal punto di vista di studiosi angloamericani, si consideri D. Fairgrieve (a cura di), *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*, British Institute of International and Comparative Law, Uk, 2017 e ivi, in particolare, G. Samuel, *Civil Codes and the Restructuring of the Common Law*, 91. Sulla convergenza tra le due famiglie, in nome della circolazione di principi costituzionali, sia consentito rinviare a E. A. Imparato, *Common law v civil law. Tra formanti, canoni ermeneutici e giurisprudenza quali contaminazioni?* in *Federalismi.it*, n.4/2016. Specificamente sulle caratteristiche del modello di *civil law*, nella sua evoluzione dalla grande codificazione sino alla fase attuale che vede in crisi la legge e la sovranità nazionale, v. A. Somma, P. G. Monateri, *Il modello di civil law*, Torino, 2016. Sul *common law*, si consideri invece l'importante contributo di R. Pound, *The Spirit of Common Law* (1921), trad. it. *Lo spirito della Common law*, Milano, 1970.

⁸ La tendenza all'euro-nordamericano centrismo che affligge i giuristi del nostro continente e del nordamerica ha portato a classificazioni che tenevano conto soprattutto della nostra concezione del diritto. Il primo giurista, in ordine di tempo, che si è preoccupato di effettuare una tassonomia, sulla base di una comunanza di identità ideologica, origine storica e caratteristiche strutturali, ha individuato infatti solo tre grandi 'famiglie giuridiche' – oltre a quella di *civil law* e *common law*, la famiglia socialista – a cui aggiunge le "autres conceptions de l'ordre social et du droit" in cui include la *sharī'a* islamica, i sistemi asiatici - indiano, cinese, giapponese - e quelli africani. Cfr. R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1964. In questa linea, più di recente, si iscrive anche M. G. Losano *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari 2000. Contra v. U. Mattei, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici* in AA.VV., *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Giuffrè, 1994, p. 775 e ss. Quest'ultimo inserisce gli ordinamenti dei Paesi latinoamericani nel sistema detto "rule of politics" a cui ascrive anche il diritto dei Paesi Africani e quello di alcuni Paesi ex-sovietici. Una più recente classificazione di Mattei, unitamente a Monateri, accorda invece specifico all'elemento antropologico e sociologico. Mattei U., Monateri P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997. Un altro tentativo di sistematizzazione avendo come base della conoscenza le fonti del diritto è quello di L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, 2018. L'originalità dello schema tassonomico è dato dal tener in conto non solo il diritto prodotto dal legislatore e/o dai giudici ma "da qualsiasi autorità formalmente o di fatto costituita: compresa la comunità (per le norme tradizionali), o la comunità dei credenti (per le regole religiose seguite da tutti o quasi tutti i componenti della comunità stessa).

dell'America latina⁹ non costituirebbero una categoria a sé ma rientrerebbero, come sottocategoria, nell'ambito del più ampio sistema giuridico romanistico¹⁰. Discorso non diverso può farsi, d'altro canto, per le Costituzioni.

Le carte costituzionali possono essere 'catalogate' in base a diversi criteri tra i quali, per citarne qualcuno, quello temporale, con i suoi cicli costituzionali, che porta a distinguere le costituzioni rivoluzionarie settecentesche da altre come quelle liberali e democratiche¹¹ oppure il criterio formale che vede le costituzioni suddivise in lunghe o brevi¹² oppure ancora il criterio legato alla procedura per la sua formazione.

Un'altra classificazione delle Costituzioni potrebbe infine essere effettuata in virtù della tassonomia dei diritti dell'uomo come pure è stata proposta. Secondo la teoria sviluppata per la prima volta dal giurista Vašák, i diritti possono invero essere distinti in diverse generazioni, a seconda della fase storica di affermazione, laddove quelli di prima generazione (ovvero, i diritti civili e politici) sarebbero storicamente più risalente di quelli di terza generazione, considerati perciò 'nuovi'¹³. Anche i fenomeni costituzionali di conseguenza, stante questa ripartizione, potrebbero essere raggruppati in generazioni.

Potremo avere così le Costituzioni/diritti di prima generazioni contenenti le libertà individuali proclamate con le prime costituzioni della rivoluzione francese, le Costituzioni/diritti di seconda generazione, come è la nostra Costituzione, disciplinanti i diritti sociali tra i quali il diritto alla salute, all'istruzione e infine le Costituzioni/diritti di terza generazione contenenti i diritti sociali o individuali che riguardano gruppi umani non come singoli individui ma come cittadini di una sola comunità/stato, ovvero i diritti alla qualità della vita, alla pace, all'ambiente.

⁹ Sulla preferenza per l'espressione "latinoamericano", quale compromesso semantico – giacché idoneo a ricomprendere le *ex* colonie spagnole, francesi (come Haiti), portoghesi e gli attuali territori francesi d'oltremare come le isole caraibiche di Guadalupe e Martinica e la Guyana francese – invece di "sudamericano", "iberoamericano", v. F. Lorusso, *L'invenzione dell'America Latina (e del latinoamericanismo)*, in *carmillonline.it*, 2010.

¹⁰ In termini critici, rifiutando l'idea che i Paesi latinoamericani debbano considerarsi come un'area periferica dell'Europa, v. A. Somma, *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, in Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series, 2012, p. 5.

¹¹ Sui cicli del costituzionalismo si veda P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988 nonché G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1987. Più in generale sulla nozione di costituzionalismo, v. G. Morbidelli, *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Bologna, 2000 e G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000.

¹² Sul punto, v. per primo J. Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions*, in *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Oxford, 1901, p. 154 – trad. it. *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, 1998 – laddove si osserva, a fronte della tradizionale distinzione tra costituzioni scritte e non scritte, che: "Constitutions of the older type may be called Flexible, because they have elasticity, because they can be bent and altered in form while retaining their main features. Constitutions of the newer kind cannot, because their lines are hard and fixed". Con specifico riguardo all'esperienza italiana v. F. Lanchester, *La costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011, p. 6 e ss.

¹³ Cfr. K. Vasak, *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, in C. Swinarski (a cura di), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Boston, 1984, p. 837 e ss.

Alla luce di quest'ultimo criterio classificatorio anche le costituzioni dell'America latina potrebbero essere allora annoverate tra le “Costituzioni di terza generazione”¹⁴: in particolare in questa graduatoria si potrebbero ricondurre la costituzione dell'Ecuador del 2008, frutto di un lungo processo di rivendicazioni pacifiste e quella della Bolivia del 2009, disciplinando entrambe, tra i diritti cosiddetti di terza generazione, il diritto all'ambiente¹⁵. Questa classificazione, come del resto quella tradizionale delle famiglie giuridiche, mostra tuttavia in questi casi specifici, a nostro avviso, una verità parziale, rivelando una certa ‘relatività’.

Non è tanto qui il fattore temporale quanto piuttosto l'elemento spaziale-territoriale ad evidenziare l'approssimazione. Senza dubbio corretta per i Paesi del vecchio continente e per il nordamerica, avendo come criterio tassonomico l'evoluzione dei diritti secondo la storia costituzionale euro-nordamericanocentrica, in un legame indissolubile con la società e il popolo che quei diritti pure ha prodotto¹⁶, non altrettanto può dirsi per i Paesi latinoamericani. Non almeno per i due Paesi in questo lavoro considerati specificamente, vale a dire la Bolivia e l'Ecuador, aventi in comune il riconoscimento, da parte delle nuove carte costituzionali approvate entrambe con referendum popolare¹⁷, di elementi originali quali la “plurinazionalità” e il recepimento di principi della filosofia andina: nel caso boliviano, la partecipazione delle grandi maggioranza indigene ha favorito l'inserimento dei cosiddetti “principi etici-morali della società plurale”, tra cui la *somma qamaña* (*vivir bien*), *ñandereko* (*vida armoniosa*) o *teko kavi* (*vida buena*), mentre in Ecuador si sancisce il principio del *sumak kawsay* o del *buen vivir*.

¹⁴ In tal senso v. anche A. Apostoli, *Alcune (prime) osservazioni sulle tendenze del costituzionalismo latinoamericano*, in A. Saccoccio (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano*, Torino, 2019, p. 112 e ss. laddove si osserva che i “diritti di prima, seconda e terza generazione, infatti, anche se troppo spesso solo nella loro forma, sono stati adottati e fanno costantemente parte dei valori e dei testi costituzionali latinoamericani”.

¹⁵ Di “testi all'avanguardia”, quanto alle costituzioni di Ecuador e della Bolivia, considerando il diritto acqua e il diritto alla natura, parla L. Mezzetti, *L'America latina*, in P. Carozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, p. 464 e ss.

¹⁶ Il diritto è sempre in qualche modo connesso alla società, anche quando regole sorte da un popolo possono trasferirsi e adottarsi altrove per ragioni di mero trapianto o colonizzazione. La concezione che vede “ciascun popolo il creatore e il soggetto del diritto positivo ed effettivo”, in contrapposizione a quella che attribuisce la “creazione allo spirito universale dell'umanità piuttosto che allo spirito particolare di ciascun popolo” e che pure arriva, infine, a ritenere che “quello che opera in ciascun popolo è soltanto lo spirito comune dell'umanità, che in esso si manifesta con una maniera individuale”. Cfr. F.K. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* [1840-49], in F. De Marini (a cura di), Friedrich Karl von Savigny. *Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1980, p. 114. Su questo punto e su Savigny più in generale v. anche R. Orestano, *Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny. Tre motivi di riflessione*, in *Quaderni fiorentini*, n. 9, 1980, p. 32.

¹⁷ Sui processi costituenti come conseguenza delle rivolte promosse dal popolo di questi due paesi a tutela della gestione pubblica delle risorse naturali contro la loro privatizzazione (si ricordi la nota “guerra dell'acqua” e la “guerra del gas” in Bolivia), v., per la costituzione dell'Ecuador adottata in sostituzione di quella del 1998, F. Ramírez Gallegos, *Processo costituente ecuadoriano e legittimazione democratica: un contrappunto andino*, in S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, p. 103 e ss. mentre per la Bolivia, C. Storini, A. Noguera, *Processo costituente e Costituzione in Bolivia. Il difficile cammino verso la rifondazione dello Stato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2008, p. 1285 e ss.

2. La concezione dei diritti tra Europa continentale e Paesi latinoamericani

La classificazione dei diritti dell'uomo in "generazioni" che vede la graduatoria partire da una posizione giuridica individuale, opponibile allo Stato, per arrivare a una dimensione anche collettiva dei diritti rispecchia, come si anticipava, una logica prevalentemente di tipo "euro-americanocentrica"¹⁸. In questa visione, sviluppata secondo una concezione presente già nel diritto occidentale antico¹⁹, congiuntamente alla nostra idea antropologica di "sviluppo"²⁰, il punto di partenza, in particolare dalla storia europea della dichiarazione dei diritti dell'uomo e dei cittadini del 1789 in poi, è l'individuo e la tutela della sua condizione e sviluppo quale singolo. La rivendicazione dei primi diritti, proclamati con la dichiarazione dei diritti dell'uomo, trovano così espressione ad esempio nella libertà personale, nella libertà di opinione e religiosa, sia pure in quest'ultimo caso con il limite del rispetto dell'ordine pubblico, e nel diritto alla proprietà personale e mobiliare²¹. Tali diritti si sono poi sviluppati, in modo potremo dire direzionale, in situazioni giuridiche e libertà soggettive "positive". Stante una prospettiva di tipo sempre personalista, si tutela il singolo sia pure quale membro della comunità anche statuale come è nel caso anche del diritto ambientale. Secondo la concezione etnocentrica²² occidentale, il diritto ambientale si declina allora come quel diritto dell'individuo a vivere in un ambiente sano: qui al centro si pone l'uomo con la conseguente possibile rivendicazione, in caso di lesione della situazione giuridica

¹⁸ Così, quanto alle classificazioni fondate su visioni "etnocentriche" del fenomeno diritto, A. Somma, *Giochi senza frontiere*, op. cit., p. 188 e ss.

¹⁹ Nell'Europa occidentale con il superamento delle società primitive dove preminente era il legame con la famiglia si va affermando, nel diritto antico, il legame "between man and man which replaces by degrees those forms of reciprocity in rights and duties which have their origin in the Family". Questa è l'idea del contratto, ovvero l'individuo in un rapporto di subordinazione a un altro, come il caso dello *status* di schiavo poi sostituito dal rapporto del servo con il padrone. Questo determina il passaggio dallo "Status al contratto". V. in merito, H. Sumner Maine, *Ancient Law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, Murray, London, 1908, p. 150 e ss in particolare laddove si osserva che "the word Status may be usefully employed to construct a formula expressing the law of progress thus indicated, which, whatever be its value, seems to me to be sufficiently ascertained. All the forms of Status taken notice of in the Law of Persons were derived from, and to some extent are still coloured by, the powers and privileges anciently residing in the Family. If then we employ Status, agreeably with the usage of the best writers, to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract".

²⁰ Sullo sviluppo in senso lineare come progresso nella direzione desiderata e infine come 'evoluzione', v. il testo dell'antropologo G. Rist, *Lo sviluppo: storia di una credenza occidentale*, Torino, 1997.

²¹ Secondo l'art. 10, "Nessuno deve essere molestato per le sue opinioni, anche religiose, purché la manifestazione di esse non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla legge" mentre all'art. 17 si stabilisce che "la proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previa una giusta indennità".

²² Sull'origine del termine etnocentrismo come tendenza a considerare in termini negativi, con pregiudizio la cultura, le tradizioni e la storia di gruppi diversi dal proprio, sovrastimando la propria cultura rispetto alle altre v., in particolare, R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Padova, 2016, xiv.

soggettiva, del risarcimento del danno da parte del soggetto/soggetti che tale danno hanno subito²³.

Per quanto la visione del diritto e dei diritti fondamentali²⁴ del vecchio continente, grazie alla ricezione del codice civile napoleonico, sia stata poi trasferita anche nei paesi dell'America latina²⁵, considerati perciò ingiustamente una mera "periferia del diritto occidentale"²⁶ e per quanto le costituzioni includano, tutelandolo, in particolare il diritto ambientale, questo non può certo considerarsi come un diritto "nuovo", come è in occidente, configurandosi in questi Paesi quale diritto di terza generazione solo dal punto di vista giuspositivista-costituzionale. La tutela ambientale non può affatto dirsi in questi casi un fenomeno recente, mostrandosi al contrario un'esigenza decisamente risalente nel tempo. Sotto il profilo squisitamente antropologico-culturale, la pretesa del rispetto dell'ambiente non viene cronologicamente per ultimo, dopo altre pretese di tutela corrispondenti a situazioni riconducibili, secondo l'espressione eurocentrica, a quelle di prima e seconda generazione, come invece accade nelle varie Costituzioni europee che pure oggi tutelano l'ambiente come ad esempio la Spagna, il Portogallo e la Francia.

Nei Paesi latinoamericani i principi ecologisti vengono prima delle stesse Costituzioni di importazione occidentale, soprattutto allorché queste ultime, intese non più come mero programma politico ma come norma suprema costituente parametro di validità degli atti adottati dai poteri costituiti²⁷, danno luogo al "nuevo constitucionalismo"²⁸: le costituzioni qui, quale prodotto di processi popolari

²³ Sul differente approccio nelle costituzioni del continente latinoamericano che vede la tutela ambientale legata a "cosmovisioni diverse da quella occidentale", v. S. Bagni, *Dal Welfare State al Caring State?*, in Id (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, op. cit., p. 34 e ss.

²⁴ Sulla "concepción constitucional de los derechos fundamentales en América latina", che "puede compararse proficuamente con la concepción europea y puede ser interpretada a la luz de los principios propios del constitucionalismo liberal y democrático", v. G. Rolla, *La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*, in W. Carnota, P. Maraniello (a cura di), *Derechos fundamentales, derecho constitucional y procesal constitucional*, Perú, Lima, 2009, p. 15 e ss.

²⁵ Anche se in realtà era preesistente alla colonizzazione una struttura giuridica rigida a cui erano soggetti anche le autorità pubbliche, a riprova che il diritto pubblico non si è elaborato nei paesi dell'America latina solo per l'influenza del diritto francese. V., D. E. Llinás Alfaro, D. Ernesto, *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, 2013, p. 50 e ss. Per questi aspetti, in una approfondita ricostruzione dello stato di diritto, si rinvia a G. Piovani, *El papel de la historia del derecho en la formación del "criptotipo centralista" en América latina*, in M. Brutti, A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione*, op. cit., p. 389 e ss.

²⁶ Cfr. Somma A. *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, op. cit., p. 11.

²⁷ Su questo e sull'evoluzione del costituzionalismo latinoamericano in generale v., G. Rolla, *L'evoluzione del costituzionalismo in America latina e l'originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche. Nuova Serie A*, Urbino, 2010, p. 575 e ss. Sull'ampliamento dei diritti sino a ricomprendere diritti come quelli collettivi e di autonomia e cittadinanza a gruppi particolare della popolazione, quali quello degli indigeni, che si è "tradotto in una pluralità di casi paradigmatici" dell'espressione presente nei testi costituzionali "Stato sociale e democratico di diritto", L. Mezzetti, *L'America latina*, op. cit., 464 e ss.

²⁸ Si rinvia più specificamente a D. Valades, *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, in F. Fernandez Segado (a cura di), *La Constitución española de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003, p. 471 e ss.

che prevedono organi di diretta rappresentanza, si mostrano in superamento della stessa idea di carta fondamentale posta come “limitazione del potere”²⁹ - attraverso il principio della separazione dei poteri, la tutela dei diritti nonché poi condizionando il potere stesso a determinati scopi e obiettivi³⁰ - andandosi a definire come “formula democratica in cui il potere costituente esprime la sua volontà sulla configurazione e sulla limitazione dello Stato ma anche sulla società stessa”³¹. La sua preoccupazione, in definitiva, non riguarda più soltanto il valore giuridico della Costituzione ma anche e soprattutto la sua legittimazione democratica dotando la carta costituzionale, a tal fine, di meccanismi e strumenti che possano consentire una maggiore emancipazione dei popoli³². In questa nuova logica si tiene perciò conto anche del problema delle disuguaglianze sociali e dell'inclusione di gruppi sociali vulnerabili³³ mentre contestualmente si

²⁹ Proprio della dottrina del costituzionalismo. V., in merito, anche S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001, p. 26.

³⁰ Il particolare contenuto e la connotazione etica dei postulati costituzionali tesi a implementare la tutela dei diritti umani al contempo volendosi condizionare efficacemente le scelte collettive così da generare diritti e obblighi immediatamente esigibili caratterizzerebbe il “neocostituzionalismo”, termine piuttosto recente introdotto dalla filosofia del diritto. V. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 26 nonché Id, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2008, in particolare p. 406. Per la letteratura ispanica, v. M. Carbonell, *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, in M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, 2007, p. 9 e ss. laddove si osserva, tenendo conto la Costituzione spagnola del 1978 e quella brasiliana del 1988, che il neocostituzionalismo “que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”.

³¹ Così R. Martínez, R. Viciano Pastor, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in AA.VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, p. 4. Più in generale, v. D. Valades, *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, in F. Fernandez Segado (a cura di), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003, p. 471 e ss. Più in generale, E. Ceccherini, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano, 2002; G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998; L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003; G. Rolla, *La nuova identità costituzionale latinoamericana nel bicentenario dell'indipendenza*, in *DPCE*, 2/2012, p. 326 e ss. e ivi anche M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità Periodico*, p. 319 e ss. nonché M. Petters Melo, *Neocostituzionalismo e 'nuevo constitucionalismo' in america latina*, p. 342 e ss.

³² Cfr. R. Martínez, R. Viciano Pastor, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Revista General de Derecho Público Comparado* 9/2011, p. 7 e ss.

³³ Guardando alla sola letteratura ispanoamericana, v. R. Garganella, C. Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, 2009, p. 11.

incorporano principi, talora tuttavia troppo ampi³⁴, e diritti che traggono origine dalle tradizioni indigene e dalla “dialettica storica uomo e natura”³⁵.

Capace di ampliare, per alcuni versi, la portata del neocostituzionalismo europeo³⁶, il *nuevo constitucionalismo*, al contempo, sembra tuttavia contrapporsi alla visione europea laddove rifiuta l’idea del “sistema de economía social de mercado”, pure previsto in qualche carta costituzionale precedente³⁷, che vuole la crescita economica come obiettivo fondamentale con un conseguente elevato sfruttamento delle risorse naturali e un aumento delle disuguaglianze socio-economiche.

Appare allora evidente come nel continente latinoamericano siano le Costituzioni il fenomeno di recente generazione e non certo il riconoscimento della centralità della natura, o meglio, nel caso dell’Ecuador, il diritto della Natura, della *Pachamama* costituente soggetto di diritto (art. 71 Cost.).

In questi paesi alcuni principi cardine di una prassi tipicamente orale – tratto caratterizzante della tradizione giuridica andina³⁸ – piuttosto datati, come anche la risalente azione di risarcimento del danno contro le autorità³⁹, sono semplicemente iscritti nelle Costituzioni andine che finiscono così per “positivizzarli”. La

³⁴ In questi termini critici, P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, in L.R. González Pérez, D. Valadés (a cura di), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, 2013, in particolare, p. 387. L’A. osserva che questa portata generica dei principi può generare una certa carenza in termini di certezza del diritto e sicurezza, aumentando il margine di discrezionalità di interpreti costituzionali e ponendo delle difficoltà allorché si tratti di giudici costituzionali “perché il loro compito contraddice le premesse popolari che supporta il *nuevocostitucionalismo*”.

³⁵ Cfr. M. Carducci, *Costituzionalismo e sopravvivenza umana*, in *diritticomparati.it*, 2014. Vedi anche, in merito, S. Baldin, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 48, 2015, p. 483 e ss.

³⁶ Se il neocostituzionalismo europeo si regge su una visione ‘universale’ dei diritti umani, il “nuevo constitucionalismo” sembra ampliarla apprestando particolare tutele anche ai diritti culturali e della natura mentre persegue una concezione economica spesso contrapposta. V., specificamente sulle diverse tesi quanto al rapporto tra i due tipi costituzionalismi, I. P. Celi Toledo, *Teoría y política del constitucionalismo en América latina*, in AA.VV., *Costituzionalismo contemporaneo en América latina*, Madrid, 2019, p. 75 e ss. Sul riconoscimento della società pluriculturale e la promozione delle differenze in uno Stato unitario, in particolare nell’ordinamento boliviano, con conseguente riconoscimento di una coesistenza di diversi ordinamenti normativi e disciplina dei meccanismi di coordinamento e cooperazione fra la giurisdizione indigena e quella ordinaria, v. S. Baldin, *Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale nell’ordinamento boliviano*, in C. A. D’Alessandro, C. Marchese (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, Roma, 2018, p. 359 e ss.

³⁷ Vedi in particolare la Costituzione Ecuatoriana del 1998 all’art. 244. Sulla diversa concezione dello sviluppo rispetto alla costituzione precedente e più in generale sui profili economici, v. N. Pérez Ruales, *Hacia un nuevo modelo de desarrollo*, in R. Ávila Santamaría (a cura di), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 201 e ss.

³⁸ Cfr. C. H. P. Glenn, *Legal tradition of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2014, trad. it. *Tradizioni giuridiche nel mondo*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 120.

³⁹ In particolare in Colombia con il “recurso de apelación” rispetto agli atti di governo davanti alle “Reales Audiencias” già presente intorno al 1600. M. Malagón Pinzón, *Vivir en policía: una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, 2007, p. 258. In merito, v. anche D. E. Llinás Alfaro, *Recurso de Agravios Colonial en el Estado Constitucional de Cundinamarca, 1814. Un Fósil de la Acción de Nulidad por Inconstitucionalidad*, in *Riv. Pensamiento Jurídico*, 2016, n. 43, p. 185 e ss.

cosmovisione indigena tesa ad accordare un ruolo centrale alla natura costituisce l'eredità consegnata in tal modo al costituzionalismo contemporaneo⁴⁰.

A partire dal 1992, in linea con il riconoscimento che si andava affermando in tutto il mondo della tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, in particolare a livello internazionale⁴¹, i paesi latinoamericani hanno così recuperato i propri antichi principi affrontandoli come “un nuovo fenomeno politico-giuridico” e andando a costituire quel processo definibile “inverdimento delle costituzioni” sulla cui base si è gradualmente sviluppata la successiva legislazione ambientale⁴².

Il rispetto dell'ambiente costituzionalizzato non risponde perciò alla nostra idea di un diritto individuale dove la Natura è ‘altro’ rispetto all'uomo ma costituisce la proiezione di una concezione sociale che considera la natura parte di un tutto laddove la società, fondata su un regime storicamente di tipo comunitario, nutre un profondo rispetto e concepisce il godimento non già come pretesa di tipo individuale ma collettivo⁴³.

A differenza del mondo occidentale dove la persona si definisce soprattutto in un rapporto “duale” – secondo l'idea della “libertà da” – con la conseguenza che l'autonomia è uno dei pilastri della concezione occidentale di modernità, l'universo andino considera l'individuo un ‘nulla’ se non si pone in una rete di relazione ‘multipla’⁴⁴. Il diritto ambientale non si afferma come “progresso” che si rivela, sotto l'influsso darwiniano, come crescita direzionale-lineare dei diritti del singolo declinata perciò in succedersi di generazioni⁴⁵, come è nell'Europa continentale⁴⁶, ma si configura come la proiezione dell'idea di crescita quale processo ciclico⁴⁷, secondo il principio della “relazionalità del tutto”⁴⁸.

3. I diritti della natura nelle Costituzioni dell'Ecuador e della Bolivia

In questa logica si mostra chiaro anche il disposto di cui all'art. 71 della Costituzione dell'Ecuador inscritto nel Capitolo VII intitolato in maniera

⁴⁰ Così M. Carducci, *La Costituzione come “ecosistema” nel nuevo costitucionlismo delle Ande*, in S. Bagni, *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, op. cit., p. 16.

⁴¹ Cfr. R. Brañes Ballesteros, *Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental*, ed. Pnuma-onu, Messico, 2001, p. 9.

⁴² Così R. Brañes Ballesteros, op. cit., p. 99.

⁴³ S. Bagni, *Dal Welfare State al Caring State?*, in Id (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, op. cit., p. 31 e ss.

⁴⁴ V. in merito anche, quanto alla “relacionalidad de todo” come “principio fundamental de la filosofía andina”, C. Silva Portero, *¿Qué es el buen vivir en la Constitución?*, in R. Ávila Santamaría (a cura di), op. cit., p. 117 e ss.

⁴⁵ Laddove questa concezione non sarebbe invece capace, sicuramente quanto al diritto ambientale, di assicurare né l'equità intragenerazionale né quella intergenerazionale. In merito, in maniera più approfondita, M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, op. cit., p. 319 ss.

⁴⁶ Anzi in questi paesi è assente l'idea di “progresso”, novità, secondo lo stesso Hettne, del pensiero occidentale. In merito v. anche Lanni S., *Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America Latina*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, p. 178 e ss.

⁴⁷ V. in proposito anche E. Dansero, M. Bagliani, *Politiche per l'ambiente*, UTET, Torino, 2011, p. 168 e ss.

⁴⁸ Cfr. J. Estermann, *Filosofía andina, estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1998, p. 98 e ss.

sintomatica “Diritti della natura”⁴⁹. Nella Costituzione ecuadoriana così - a differenza di quella boliviana che non ne disciplina lo *status* giuridico riservando, all’art. 80 Cost., questo compito alla legislazione ordinaria⁵⁰ che pure attribuisce prevalenza alla tutela ambientale quale “bene collettivo”⁵¹ - “la natura o PachaMama” gode di una vera e propria posizione giuridica soggettiva: essa ha il “diritto a che si rispetti integralmente la sua esistenza e il mantenimento e la rigenerazione dei suoi cicli vitali”, vedendo intervenire, al fine della tutela dei suoi diritti innanzi all’autorità pubblica, non già il singolo danneggiato o comunque i titolari di interessi collettivi, come pure avviene nei nostri ordinamenti, ma più in generale “ogni persona, comunità, popolo o nazionalità”.

In questi Paesi il mondo della natura è sacro e l’ordine giuridico non fa che trasformare in norme un dovere morale e valori preesistenti che comprendono una relazione di piena “armonia”⁵² e rispetto tra gli esseri umani e il cosmo. In questa visione la natura, come pure si anticipava, inclusa nel ‘cosmo’, non è intesa come mera risorsa da sfruttare, secondo una concezione antropocentrica⁵³, ma come un tutt’uno con qualunque specie vivente⁵⁴. In questa logica, la natura diviene nel testo costituzionale soggetto di diritto “insieme all’uomo”⁵⁵. Vigendo qui il postulato per cui tutti gli esseri viventi sono parte della *Pachamama* in essa

⁴⁹ Sono inseriti peraltro in questo capitolo anche l’art. 72 che introduce il diritto al ripristino nonché l’art. 73 sui principi di precauzione e di restrizione e sul divieto di introdurre organismi e materiali organici e inorganici che possano alterare irreversibilmente il patrimonio genetico nazionale (*El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional*).

⁵⁰ La legge n. 71 del 21 dicembre 2010 (Ley de derechos de la Madre Tierra), contemplante 10 articoli divisi in tre capitoli e tesa ad affermare valori come l’armonia, il bene collettivo e la garanzia della rigenerazione, accorda alla Natura, ovvero alla “Madre terra”, “agli effetti della protezione e della tutela dei suoi diritti”, il “carattere di soggetto collettivo di interesse pubblico”, puntualizzandosi poi che “I diritti stabiliti nella presente legge non limitano l’esistenza di altri diritti della Madre Terra”.

⁵¹ Secondo il comma 2 dell’art. 2 dedicato al bene collettivo: “L’interesse della società, nel quadro dei diritti della Madre Terra, prevale su ogni attività umana e su ogni diritto acquisito”.

⁵² Del resto, l’armonia è parola fondante della cosmovisione indigena, mentre invece “risulta ormai rimossa dal vocabolario morale e politico del pensiero occidentale”. Così M. Carducci, *Il buen vivir come “autoctonia costituzionale” e limite al mutamento*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, p. 102.

⁵³ Sull’antropocentrismo in contrapposizione all’ecocentrismo, v. J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell’ambiente in Germania e in Italia*, in *Politica del diritto*, 4/1989, p. 673 e ss.

⁵⁴ V. J. Estermann, op. cit., p. 145. Secondo l’A. Pacha vuol dire infatti “universo ordenado en categorías espacio-temporales, pero no simplemente como algo físico y astronómico, siendo que el vocablo griego kosmos es lo que más se acerca a lo que quiere decir pacha, pero sin dejar de incluir el mundo de la naturaleza, al que también pertenece la persona. Pacha, entonces, es lo que es, el todo existente en el universo, la realidad. Pacha es una expresión que va más allá de lo visible e invisible, material e inmaterial, exterior e interior, contiene como significado tanto a la temporalidad como a la espacialidad. Lo que es, de una y otra manera, está en el tiempo y ocupa un lugar”.

⁵⁵ Cfr. M. Carducci, *Costituzionalismo e sopravvivenza umana*, in *Diritti comparati.it*, 2014.

completandosi⁵⁶, la rivendicazione dei “diritti della natura” finisce inevitabilmente con lo spettare a qualunque soggetto a prescindere dal danno direttamente subito. In questi sistemi, il diritto recepisce positivizzando così il rispetto di antichi valori e credenze, come dice chiaramente anche l'art 4 della Costituzione boliviana laddove si dispone la tutela e la garanzia, tra l'altro, “delle credenze spirituali, secondo le rispettive cosmovisioni”⁵⁷.

Del resto, nel preambolo della Costituzione dell'Ecuador, se espressamente si dichiara che il popolo ecuadoriano, attraverso la mediazione dello Stato, intende costruire una nuova forma di convivenza dei cittadini, si specifica pure che ciò deve avvenire nel rispetto della diversità e dell'armonia con la natura al fine di raggiungere il *sumak kawsay* in modo che la società che si va a costruire rispetti la dignità degli esseri umani e delle collettività, in tutta la sua espressione e dimensione⁵⁸. Il tono si mostra qui peraltro più incisivo di quello assunto dalla costituzione boliviana laddove pure si decreta la costituzione di un “nuovo Stato” basato sul rispetto della pluralità socio-culturale e sulla redistribuzione accordando tuttavia prevalenza alla “ricerca del *vivir bien*”.

Connesso a una visione decisamente ampia è in tal modo, in entrambe le costituzioni, il paradigma del *buen vivir*⁵⁹ e dei relativi principi e diritti - cui si collegano diversi diritti della personalità, tra i quali il diritto alla vita (art. 66, commi 1 e 2 cost. Ecuador, nella costituzione boliviana art. 15), ma soprattutto diritti collettivi quali i diritti all'ambiente sano, all'acqua e al cibo - dando luogo inevitabilmente a una visione biocentrica.

Questo si traduce, in altre parole, in particolare nella Costituzione ecuadoriana, in una visione evolutiva rispetto al diritto tradizionale a un ambiente naturale sano, laddove andandosi verso la protezione della natura come titolare indipendente dei diritti ben si mostra una “deviazione dalla classica concezione antropocentrica” in cui è l'essere umano il centro e la fine di tutte le cose per

⁵⁶ Così, S. Baldin e M. Zago, *Introduzione. Le declinazioni della sostenibilità. Esperienze latinoamericane ed europee a confronto*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità*, op. cit., p. 19 e ss.

⁵⁷ Sull'idea di cosmovisione andina contro l'egemonia occidentale si rinvia a S. Baldin, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Vis. Lat. Am.*, 10/2014, p. 28 e ss.

⁵⁸ In armonia con questa affermazione, l'articolo 11, par. 9, stabilisce che il ‘più alto dovere dello Stato è far rispettare e valere i diritti garantiti dalla costituzione’ mentre l'articolo 11, par. 3, stabilisce che “i diritti e le garanzie previsti dalla Costituzione e dagli strumenti internazionali sui diritti umani saranno applicati in maniera diretta e immediata da parte di o di fronte a qualsiasi ufficiale pubblico, amministrativo o giudiziario, d'ufficio o a seguito di istanza di parte”. La sezione 7 della stessa disposizione afferma infine che il riconoscimento di tali diritti e garanzie non esclude gli altri diritti relativi alla dignità delle persone, comunità, popoli e nazionalità, che siano necessari per il loro pieno sviluppo.

⁵⁹ Su questo concetto, per approfondimenti, nella letteratura italiana, v. M. Carducci, *Epistemologia del Sud ecostituzionalismo dell'alterità*, op. cit., p. 319 e ss.; S. Baldin, *The Concept of Harmony in the Andean Transformative Constitutionalism: A Subversive Narrative and its Interpretations*, in *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, 17/2015, p. 1 e ss.; S. Bagni, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di) *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, op. cit., p. 73 e ss., Id., *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, op. cit. Tra gli autori stranieri, v. in particolare, E. Gudynas, *Buen vivir: Germinando alternativas del desarrollo*, América Latina en Movimiento, Quito, 2010.

arrivare a una visione biocentrica⁶⁰. In questa nuova logica, rivendicandosi il rapporto necessario dell'essere umano con la natura, ne deriva perciò, secondo il dettato costituzionale di cui all'art. 74 della Costituzione dell'Ecuador, che sono "le persone – e non già solo i cittadini – le comunità, i popoli e le nazionalità" ad avere il "diritto a godere dell'ambiente e delle ricchezze naturali che rendono possibile il *buen vivir*", inteso come nuova forma alternativa⁶¹ al modello di sviluppo neoliberale⁶².

Il principio della relazionalità unitamente alla virata biocentrica⁶³ che mira al *buen vivir* nelle due costituzioni, inteso come esistenza armoniosa, interdipendente con la comunità e l'ambiente, portano inevitabilmente all'affermazione di nuove forme di partecipazione popolare e nuove forme di democrazia diretta⁶⁴ per arrivare a nuove forme di governo e così anche al già richiamato *nuevo constitucionalismo*.

Pur garantendosi la consultazione popolare in entrambe le carte costituzionali, in particolare all'art. 343 della costituzione boliviana⁶⁵ e all'art. 398 costituzione ecuadoriana⁶⁶, tuttavia va detto che in nessun caso si va oltre, almeno nei testi costituzionali, agli strumenti di tutela noti alla visione eurocentrica, ovvero il principio di precauzione e la valutazione di impatto ambientale ivi disciplinati.

La costituzione ecuadoriana non prevede, ad esempio, alcun soggetto specifico chiamato a salvaguardare *ex ante* la Natura, né quest'ultima, quale soggetto di diritto costituzionale, ha visto un processo di entificazione che la trasformi, al pari dello Stato, in un "soggetto concreto" capace di svolgere compiti e funzioni pure a tutela di sé stessa *ex ante* e/o *ex post*. Questa carenza costituisce peraltro un'importante differenza con l'ordinamento boliviano laddove, quantomeno nel testo legislativo ordinario, si istituisce la "Defensoría de la Madre

⁶⁰ Così Corte constitucional del Ecuador, n. 034-16-SIN-CC, Quito, 26 aprile 2016.

⁶¹ Nel preambolo della Costituzione ecuadoriana chiaramente si dice che "Abbiamo deciso di costruire una nuova forma di convivenza tra cittadini, nella diversità e armonia con la natura, per ottenere una buona vita, il *sumak kawsay*".

⁶² In questi termini, tra i primi commenti, M. León T., *El 'buen vivir': objetivo y camino para otro modelo*, in I. León (a cura di), *Sumak Kawsay / Buen vivir y cambios civilizatorios*, Fedaeaps, Quito, 2010, p. 105 e ss. laddove si osserva che il "buen vivir en la nueva Constitución" è da intendere "en cuanto a sus alcances para superar el neoliberalismo y para delinear un modelo económico alternativo, en este caso inseparable de otro modelo de sociedad".

⁶³ E. Gudynas, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*, in *Revista de Estudios Sociales*, 2009, p. 35.

⁶⁴ V., sul punto specificamente, P. Carpio Benalcázar, *El Buen Vivir, más allá del desarrollo. La nueva perspectiva constitucional en Ecuador*, in A. Acosta Espinosa e E. Martínez Yáñez (a cura di), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Ed. Adya-Yala, Quito, 2009, p. 125 e ss. V., ivi, anche l'interessante saggio relativo più strettamente ai profili economici di M. León, M., *Cambiar la economía para cambiar la vida. Desafíos de una economía para la vida*, p. 63.

⁶⁵ "La popolazione ha diritto a partecipare alla gestione ambientale e ad essere consultata ed informata preventivamente su decisioni che potrebbero influenzare la qualità dell'ambiente".

⁶⁶ Secondo il primo comma dell'art. 398 "Qualsiasi decisione statale o autorizzazione che possa influire sull'ambiente deve essere assunta previa consultazione con la comunità che sarà informata in modo tempestivo e completo. Il soggetto consultante sarà lo Stato. La legge regolerà la consultazione preventiva, la partecipazione dei cittadini, le scadenze, il soggetto consultato e i criteri per la valutazione e l'obiezione sull'attività presentata per la consultazione".

Tierra” sia anche poi rinviandosi a ulteriori norme “speciali”⁶⁷ per l’organizzazione ad oggi non adottate. Tale organo resta così un soggetto di tutela solo sulla carta, pur costituendo la *Defensoria* una delle autorità tenuta ad avviare le procedure amministrative e giurisdizionali per far valere i diritti della Madre Terra⁶⁸.

La sensazione allora è che queste visioni e tradizioni comunitarie inglobate nel diritto sopravvenuto di matrice occidentale di *civil law* con il suo Stato nazionale e il diritto positivo finiscano per restare da questo diritto occidentale oppresse, condannate a occupare un posto marginale. Ciò malgrado il tentativo di conciliare la visione biocentrica con la concezione occidentale si traduca, almeno nei testi costituzionali, in una serie di prese di posizioni decisamente coraggiose non solo in campo economico, con il rifiuto come detto del modello di sviluppo occidentale che ammette come obbiettivo prevalente delle politiche pubbliche la crescita economica, ma anche in campo politico con la partecipazione popolare nel governo della cosa pubblica nonché in campo socio-culturale con la protezione e promozione della diversità culturale.

Seppure la costituzionalizzazione dei principi di tradizione orale indigena ha prodotto un *mix* “capace di aprire un flusso da loro a noi”, ai sistemi occidentali e “non più solo viceversa”⁶⁹, permangono insomma forti contraddizioni e obiettivi difficoltà a causa di approcci che restano divergenti: la cosmovisione biocentrica andina e la visione individualistica e capitalistica occidentale si mostrano concezioni molto difficili da conciliare specie se si guarda non tanto al testo costituzionale ma al piano dell’attuazione delle politiche governative.

Questa contraddizione appare evidente se si pensa, ad esempio, alle politiche economiche di sfruttamento equadoriane laddove, pure a fronte dell’affermazione del diritto della Natura, si attuano un insieme di politiche, in particolare, delle risorse naturali comunemente chiamato neo-estrattivismo.

4. Il banco di prova delle Corti costituzionali. I diversi tipi di azioni e il caso boliviano

⁶⁷ Secondo l’art. 10 specificamente dedicato alla “Defensoria de la madre Tierra” della legge n. 71 del 21 dicembre 2010 (*Ley de derechos de la Madre Tierra*): Se crea la “Defensoría de la Madre Tierra, cuya misión es velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos de la Madre Tierra, establecidos en la presente Ley. Una ley especial establecerá su estructura, funcionamiento y atribuciones”. V., in merito, anche S. Baldin, *I diritti della natura nelle Costituzioni di Ecuador e Bolivia*, op. cit., p. 34.

⁶⁸ Secondo l’art. 39 della Ley n. 300 del 15 dicembre 2012 (*Marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien*) oltre alle persone singole o collettive che ‘possono’ denunciare violazioni, “sono obbligati ad attivare istanze amministrative e/o giurisdizionale, al fine di richiedere la protezione e la garanzia dei diritti della Madre Terra, nel quadro dello sviluppo integrale del *bien vivir*, le seguenti entità: 1. Le Autorità pubbliche, a qualsiasi livello dello Stato Plurinazionale della Bolivia, nell’ambito delle sue competenze. 2. Il pubblico ministero. 3. Il Defensoría de la Madre Tierra. 4. Il Tribunale agroambientale”. È incorso di approvazione, peraltro, una legge per i profili organizzativi della *Defensoría de la Madre Tierra*. Questo progetto preliminare di legge speciale è al vaglio della commissione per l’ambiente, la biodiversità, l’Amazzonia, le aree protette e i cambiamenti climatici. In merito, v. T. Katerin, *Proyectan Defensoría de la Madre Tierra que emitirá censuras públicas y Resoluciones*, in <http://www.sinfronteras.com.bo>, 2019.

⁶⁹ Così L. Pegoraro, *Costituzioni e fonti del diritto*, op. cit., p. 37.

Se si guarda poi al banco di prova dei diritti innanzi alle Corti costituzionali la sensazione di difficile ‘conciliazione’ delle due visioni si va più che rafforzando.

Divenendo parametri nel controllo di costituzionalità e non mere norme programmatiche, di principio e proclamatorie, il *buen vivir* e il diritto all’ambiente, dotati di forza prescrittiva-normativa che devono essere garantiti innanzitutto dallo Stato, come pure sostenuto sin dalle prime pronunce – in particolare dalla Corte costituzionale dell’Ecuador nella sentenza del 2010⁷⁰ ma anche dal tribunale costituzionale plurinazionale della Bolivia nella sentenza del 2012⁷¹ – raramente tuttavia vedono riconosciuta una tutela ‘comunitaria’ della Natura, indipendente dalla qualità della vita degli individui che ivi vivono.

Qui i dubbi sull’effettiva azionabilità di tali diritti, attraverso un’azione tipo *actio popularis* a tutela dei diritti della natura, trovano conferma venendo raramente accolte le azioni a tutela del “derecho a vivir dignamente en un ambiente sano”⁷² e comunque quasi sempre a favore di un interesse che si mostra personalista e non direttamente della Natura come tale. Ciò è peraltro malgrado lo Stato, in particolare ecuadoriano, sia gravato dal dovere di protezione della “collettività” dagli effetti nefasti derivanti dai disastri ambientali, oltre a garantire i soggetti interessati, prevedendosi a tal fine una serie di strumenti giuridici e azioni processuali di tutela che vanno oltre alla rivendicazione del diritto al risarcimento del danno, tipico della visione occidentale connesso alla prospettiva individualistica: è tale, ad esempio, il diritto alla restaurazione di cui all’art. 72 della Costituzione dell’Ecuador azionabile anche da chi non direttamente leso dalla

⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentenza n. 0006-10-SEE-CC, Quito, 25 marzo 2010, in particolare al punto ove si dichiara che “para tal efecto, el Estado garantiza a sus habitantes el acceso a los derechos constitucionales y en especial constituye el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, como son: el ambiente, la salud, la educación, el desarrollo, etc., no solo como mera enunciación declarativa, sino como un todo andamiaje conducente a que los mismos se viabilicen. Como en el caso concreto respecto del derecho al ambiente sano y saludable, el Estado asume un rol protagónico en el respeto de este derecho, estableciendo mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, recuperando los espacios naturales degradados y el manejo sustentable de los recursos naturales” (corsivo nostro). In questa pronuncia sono almeno tre le concezioni che la Corte costituzionale pone in evidenza in merito al *sumak kawsay*, il *buen vivir* ponendosi: 1) come base della struttura dello Stato; 2) come relazione equilibrata tra esseri umani, “risorse naturali” e sviluppo; e, 3) come strumento di accesso effettivo ai diritti costituzionali, in particolare ai diritti economici, sociali e culturali. Vedi, Centro de Derechos Humanos, *El Buen Vivir y su Tutela Jurídica en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana*, 2014, p. 45.

⁷¹ Tribunal Constitucional Plurinacional, sentenza n. 0129/2012, Sucre, 2 maggio 2012 laddove si afferma che “Así, el principio de suma qamaña (vivir bien), se constituye en un imperativo categórico para toda la sociedad plurinacional, con mayor razón en los administradores de justicia, servidoras y servidores públicos, cuyo discurrir debe desarrollarse conforme a los fines y funciones del nuevo Estado, enunciados en el art. 9 de la CPE; en ese orden, la dimensión espiritual, afectiva y social del “buen vivir”, en el contexto indígena, está basado en el compartir integral de todo lo que compone la vida”.

⁷² Specificamente, secondo l’art. 14 Cost., Si riconosce il diritto della popolazione a vivere in un ambiente sano ed ecologicamente equilibrato, che garantisca la sostenibilità e il buon vivere, il “sumak kawsay”.

violazione, essendo indipendenti dall'obbligo dello Stato e dei soggetti di "risarcire gli individui e le collettività che dipendono dai sistemi naturali danneggiati"⁷³.

Peraltro, anche a quest'ultimo proposito, l'Ecuador mostra una costituzione particolarmente garantista, prevedendo una lunga serie di azioni giurisdizionali tesi alla tutela dei diritti: l'accesso alle informazioni, l'*habeas data*, le misure precauzionali, l'azione di non conformità nonché infine l'azione di protezione e l'azione di protezione straordinaria. Al fine della "riaffermazione della supremazia dei diritti costituzionali" si pongono tuttavia soprattutto queste due ultime azioni che pure rivelano differenze quanto soprattutto ai soggetti tutelati e il *petitum*.

Se invero l'azione di protezione⁷⁴ si mostra come la garanzia giudiziaria per eccellenza soddisfacendo non solo "la tutela dei diritti costituzionali delle persone" ma anche la "conseguente riparazione integrale dei danni causati dalla loro violazione"⁷⁵ della persona colpita, l'azione straordinaria non consente la reintegrazione dei danni subiti dal soggetto interessato ma la riparazione di "errori"⁷⁶ giudiziari. Strumento per contrastare possibili violazioni dei diritti costituzionali commessi dagli operatori giudiziari nel risolvere un caso, l'azione straordinaria poi ha ad oggetto, al pari di un'azione popolare e a differenza dell'azione di protezione, diritti che non necessariamente invocano la "protezione diretta ed effettiva"⁷⁷ della persona colpita. E' in questa ipotesi sufficiente la dimostrazione che si sia violato "per azione o omissione, il giusto processo o altri

⁷³ Secondo il primo comma dell'art. 72: "La natura ha diritto ad interventi di riparazione. Tali interventi saranno indipendenti dall'obbligo che hanno lo Stato e le persone fisiche e giuridiche di risarcire gli individui e i collettivi che dipendono dai sistemi naturali danneggiati".

⁷⁴ Secondo l'art. 88 "L'azione di tutela avrà come obiettivo la protezione diretta ed efficace dei diritti riconosciuti dalla Costituzione e potrà intervenire in caso di violazione dei diritti costituzionali, per atti o omissioni di qualsivoglia autorità pubblica; contro politiche pubbliche qualora queste implicino la negazione del godimento o dell'esercizio dei diritti costituzionali; e qualora la violazione avvenga ad opera di un privato, se la violazione del diritto causa un danno grave, se presta servizi pubblici impropri, se agisce per delegazione o concessione, o se la persona colpita si trova ad essere indifesa o in condizioni di subordinazione o discriminazione".

⁷⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentenza n. 169-14-SEP-CC, Quito, 15 ottobre 2014.

⁷⁶ In questi termini Corte Constitucional del Ecuador, sentenza n.193-14-SEP-CC, Quito, 6 novembre 2014 in una pronuncia sulla tutela della proprietà laddove si osserva che "L'azione di protezione straordinaria è stata inclusa per tutelare, proteggere e porre rimedio alle situazioni risultanti dagli errori dei giudici (...) che è un fatto nuovo nella legislazione costituzionale del paese e che risponde, senza dubbio, al desiderio della società che cerca protezione efficace, imparziale e rapida dei loro diritti e interessi, dal momento che i giudici ordinari, il cui lavoro in generale si basa sull'applicazione del diritto comune, avrebbero il controllo che diventerebbe dei giudici costituzionali ai massimi livelli, il cui lavoro si concentrerebbe nel verificare che detti giudici, nell'elaborazione dei casi, abbiano rispettato le regole del giusto processo, della certezza del diritto e di altri diritti costituzionali, in applicazione del principio di supremazia costituzionale".

⁷⁷ La Legge organica delle garanzie giurisdizionali e del controllo costituzionale del 22 ottobre 2009 che all'art. 39 stabilisce: "L'azione di protezione deve avere come oggetto la protezione diretta ed effettiva dei diritti riconosciuti dalla Costituzione e dai trattati internazionali sui diritti umani, che non sono protetti dalle azioni di *habeas corpus*, accesso a informazioni pubbliche, *habeas data*, per violazione, protezione straordinaria".

diritti riconosciuti nella Costituzione” per ottenere la dichiarazione di nullità dell’atto compiuto dall’autorità pubblica⁷⁸.

Per la verità anche la costituzione della Bolivia mostra di adottare un modello garantista prevedendo diverse azioni giudiziarie: l’azione per la libertà (art. 125), il ricorso di *amparo* per la tutela dei diritti costituzionali individuali o collettivi (art. 128), l’azione di tutela della *privacy* (art. 130), l’azione di costituzionalità (art. 132), l’azione di conformità delle disposizioni costituzionali (o legislative dei dipendenti pubblici) al fine di garantire l’esecuzione della norma non applicata (art. 134) nonché, infine, l’azione popolare diretta specificamente “contro qualsiasi atto o omissione delle autorità o di persone individuali o collettive che violano o minacciano di violare diritti e interessi collettivi, relativi a patrimonio, spazio, sicurezza pubblica e salute, ambiente e altri interessi di natura simile riconosciuti da questa Costituzione” (art. 135). Quest’ultimo strumento assume specifico rilievo per la tutela ambientale.

Tesa a proteggere diritti di tipo soprattutto collettivo, l’azione popolare, secondo una interpretazione giurisprudenziale estensiva del suo ambito di protezione avviata in particolare a partire dal 2011, va a proteggere anche gli interessi cosiddetti “diffusi” laddove “qualsiasi persona appartenente alla comunità interessata può ricorrere a questa azione che, come suggerisce il nome, è popolare”, anche in assenza di un legame comune con una determinata comunità⁷⁹. La Corte costituzionale della Bolivia guarda in particolare qui, quanto alla tutela ambientale, all’individuo considerato non come titolare di diritti soggettivi, quand’anche comuni, rispetto all’ambiente ma nella sua dimensione ‘imprescindibilmente’ sociale: quale appartenente a una comunità che può essere determinata ma anche generica⁸⁰, questi non può essere concepito o protetto come soggetto “decontestualizzato” ma soltanto nell’ambito della società in cui vive. In altri termini, secondo questa giurisprudenza costituzionale, il riconoscimento di diritti diffusi, quali sono quelli ambientali, risponde a una concezione dell’essere umano

⁷⁸ Ai sensi dell’art. 437 Cost., “I cittadini in forma individuale o collettiva potranno presentare un’azione straordinaria di protezione nei confronti di sentenze, atti definitivi e risoluzioni con forza di sentenza. Per l’ammissione di detto ricorso la Corte constaterà la soddisfazione dei seguenti requisiti: 1. Che si tratti di sentenze, atti e risoluzioni emessi o eseguiti. 2. Che il ricorrente dimostri che nel giudizio è stato violato, per azione o omissione, il giusto processo o altri diritti riconosciuti nella Costituzione”.

⁷⁹ Tribunal Constitucional, sentenza n. 1018/2011-R, Sucre, 22 giugno 2011. Qui la Corte ben osserva infatti che “la Constitución Política del Estado sostiene que la acción popular procede contra actos u omisiones que amenacen violar o violen derechos e intereses colectivos, sin hacer referencia a los intereses difusos; sin embargo dicha norma debe ser interpretada sistemáticamente y, en ese sentido, debe tenerse en cuenta que el mismo art. 135 de la CPE, hace referencia, como derechos e intereses protegidos, al patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, los cuales, con base en la distinción efectuada en el punto anterior, son específicamente considerados difusos y no así colectivos”.

⁸⁰ Così Tribunal Constitucional, sentenza n. 1973/2011-R, Sucre, 7 dicembre 2011 laddove si sostiene che “la acción popular es un medio de defensa de novísima creación en el nuevo orden constitucional, que hace posible la materialización de los derechos fundamentales denominados como derechos de ‘tercera generación’, vinculados al medio ambiente, la seguridad y salubridad pública, a la paz y la libre determinación, derechos cuya titularidad, dependiendo si son colectivos o difusos, corresponden a una colectividad determinada o en forma genérica, a todos y cada uno de los miembros de una comunidad”.

non più semplicemente individuale, “ma come parte di una comunità in cui si sviluppa (...)”, e quindi deve essere protetta, come ribadito in una pronuncia di accoglimento del 2013 riguardante specificamente il diritto all’acqua, poiché “lo sviluppo integrale della persona e delle generazioni future dipende dalla sua conservazione”⁸¹.

In questa visione, non solo si attribuisce rilevanza all’individuo, come soggetto contestualizzato e dipendente dalla propria comunità, e quindi alla collettività (estesa peraltro ai sensi dell’art. 30, c. 2 Cost., alle “nazioni e popoli indigeni originari contadini”), quali soggetti di diritti ma anche, infine, alle “condizioni che supportano e consentono l’esistenza individuale e collettiva”⁸².

Seguendo questo ragionamento quale consolidato negli ultimi tempi si ammette così, come ribadito in una pronuncia piuttosto recente di accoglimento dell’azione popolare a tutela dell’ambiente, che deve accordarsi preminenza allo “ambiente vitale dell’uomo” laddove qui devono essere considerati titolari di interesse “ciascun membro di una comunità, vale a dire, secondo Rousseau, tutti in generale ma nessuno in particolare, come è il diritto all’ambiente”⁸³. Quest’ultimo diritto, ampiamente tutelato agli artt. 33 e 34 della carta costituzionale⁸⁴, implica l’obbligo dello Stato, a qualunque livello, attraverso l’esercizio delle sue competenze, di “promuovere, conservare, proteggere, contribuire e migliorare l’ambiente sano, salutare ed equilibrato”.

Al centro sembra porsi tuttavia in questa giurisprudenza soprattutto l’uomo, secondo una visione che tende alla tradizionale concezione antropocentrica continuandosi a valutare la Natura in relazione ai benefici che produce per gli esseri umani e agli svantaggi che a questi ultimi ne vengono. Questa concezione segna così una differenza importante rispetto a quella che la giurisprudenza ecuadoriana, come si vedrà, negli ultimi tempi sembra maturare.

Il soggetto della protezione è ancora infatti, nella visione della Corte costituzionale boliviana, l’essere umano, sia anche in una dimensione sociale, intendendosi garantire lo “sviluppo integrale delle persone nella sfera individuale e nella loro dimensione sociale”, laddove a rischio è la “salute della popolazione e propriamente la salute pubblica”⁸⁵ e non già la Natura e la sua integrità. Facendo eco alla nostra visione occidentale e in particolare a quella della nostra giurisprudenza costituzionale, qui il diritto all’ambiente, perlomeno nelle sentenze

⁸¹ Così Tribunal Constitucional Plurinacional, sentenza n. 2028/2013 Sucre, 13 novembre 2013.

⁸² Tribunal Constitucional Plurinacional, sentenza n.1977/2011-R, cit.

⁸³ Tribunal Constitucional Plurinacional, sentenza n. 0681/2018-S2, Sucre, 17 ottobre 2018, richiamandosi alla sentenza n.1977/2011-R, cit.

⁸⁴ Secondo l’art. 33 “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”. L’art. 34 dispone invece che “Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente”.

⁸⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional, sentenza n. 0681/2018-S2, cit.

da noi esaminate, sembra declinato soprattutto come diritto all'ambiente salubre, connettendosi il "viver bien" di cui all'art. 8 Cost. al diritto alla salute considerato "diritto inseparabile dall'ambiente in cui l'individuo vive"⁸⁶. Anche quando poi si prescinde dal legame con la tutela della salute la valutazione dei giudici finisce con il riguardare in ogni caso la lesione del diritto dell'uomo, quand'anche collettivo, come è ad esempio di quello relativo allo "utilizzo" delle risorse naturali situati in un determinato luogo: le attività, nel caso specifico di abbattimento degli alberi di eucalipto su aree di proprietà comune, devono essere effettuate con l'autorizzazione della collettività e in favore degli "interessi della comunità e non già a beneficio delle persone", ben sussistendo, è opportuno sottolinearlo, il "pregiudizio dei diritti della comunità"⁸⁷, ovvero la lesione dell'utilità che a questa ne viene.

Sembra insomma prescindere in questo indirizzo giurisprudenziale da qualunque valutazione che guardi alla Natura in quanto soggetto continuandosi piuttosto a considerarla come l'oggetto di obblighi che conferisce al legislatore un'autorizzazione a limitare altri diritti, secondo una visione utilitaristica a vantaggio dell'essere umano.

5. La Corte costituzionale ecuadoriana e la 'prima fase' di attuazione dei diritti della Natura

In Ecuador le azioni straordinarie attribuite a ogni persona, comunità, popolo o stato per accedere in via diretta alla Corte costituzionale qualora si ritengano violati uno o più diritti costituzionali, vedono i ricorsi a tutela anche dei diritti della Natura accettati solo raramente, come si anticipava, e comunque spesso accolti per tutelare una prospettiva soprattutto personalista sia pure della collettività 'direttamente' colpita dal danno ambientale. Questo è certamente in una prima fase della giurisprudenza costituzionale *ante* 2015.

A tutela di interessi collettivi che, tuttavia a differenza della giurisprudenza boliviana sembra tenere in maggiore considerazione l'ambiente, si pone ad esempio una pronuncia del 2013 adottata a proposito di attività estrattive svolte presso una cava eseguite senza la rispettiva licenza ambientale: qui ben si riconosce invero "una perdita di valore dei diritti della natura", non avendo i soggetti contro il quale era stato avanzato il ricorso assolto all'obbligo di "prevenire e interrompere permanentemente il lancio continuo di materiale lapideo dalla cava". Si fa tuttavia poi appello all'"interesse pubblico" della collettività, e non già della natura, alla conservazione dell'ambiente, al recupero degli spazi naturali degradati, per il quale

⁸⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional, sentenza n. 1560/2014, Sucre, 1 agosto 2014 (come peraltro richiamata più di recente da Tribunal Constitucional Plurinacional, sentenza n. 0228/2019-S4, Sucre, 16 maggio 2019) al punto in cui si osserva che "En efecto, nótese que el derecho a la salud en el marco de los derechos humanos es el derecho a los cuidados de salud así como a beneficiarse de condiciones de salubridad, lo que significa implícitamente que la salud del individuo es inseparable del medio humano en el cual vive. Por lo que es obligación del gobierno no solo asegurar la salubridad pública, sino también brindar las instalaciones y los bienes necesarios para el disfrute del más alto nivel posible de salud".

⁸⁷ Corte Constitucional Plurinacional n. 0635/2016-S2 Sucre, 30 maggio 2016.

è stabilito il principio di precauzione secondo cui l'importante è agire secondo la logica della protezione, per poi riammettere che "in caso di dubbio sull'ambito di applicazione delle disposizioni normative, queste devono essere applicate a favore della protezione della natura"⁸⁸.

In tal senso si pone anche ad esempio un'altra sentenza del 2014 laddove si accoglie l'azione contro una sentenza a favore di una cooperativa dei trasporti riconoscendosi la violazione, e qui sembra riecheggiare la giurisprudenza occidentale, 'il nocciolo duro' del diritto all'ambiente sano degli individui nonché dei diritti della natura che vivevano nei luoghi interessati dal trasporto, danneggiati dall'inquinamento da questo prodotto⁸⁹.

Su questa linea si pone, infine, una successiva pronuncia del 2015, non riguardante direttamente la violazione del diritto della natura ma quello del giusto processo, che accoglie un ricorso straordinario contro una sentenza precedente che aveva ammesso la violazione dei diritti costituzionali compresi i diritti relativi all'ambiente sano e alla natura, ma limitandosi a "trascriverli" senza effettuare alcun controllo tra la violazione e i fatti: in assenza di una valutazione "ragionevole e comprensibile" non è stato possibile considerare "in quale modo" la risoluzione amministrativa di condanna - emessa dal Ministero dell'Ambiente a carico del Governo autonomo decentrato di un cantone per mancanza del permesso ambientale - pur ammettendo non solo una sanzione pecuniaria ma anche la riparazione dei danni causati, abbia finito con il violare i diritti costituzionali. Connessa a tale questione è poi peraltro, ad avviso della Corte, anche la "quantificazione" del danno: in assenza dell'accertamento dei fatti non è stato possibile invero comprendere, generando perciò 'confusione', "fino a che punto si è verificato la lesione"⁹⁰.

6. La svolta giurisprudenziale costituzionale ecuadoriana: i diritti della natura nella visione biocentrica.

La prima sentenza volta a dichiarare espressamente la violazione dei "diritti della natura", in un'azione di protezione straordinaria, è stata adottata dalla Corte costituzionale ecuadoriana nel 2015⁹¹.

A differenza del passato ove la Corte dell'Ecuador si era pure pronunciata sui diritti della natura e dell'ambiente ma sempre nell'ambito dell'analisi di altri diritti costituzionali, in questo caso l'azione di protezione straordinaria, promossa dall'Agenzia di controllo e regolamentazione delle miniere - ARCOM – tesa a impugnare una sentenza resa in precedenza nell'ambito di un'azione di protezione⁹², ha come oggetto esclusivo la lesione dei "diritti della natura". Il

⁸⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentenza n. 055-2013-SEP-CC, Quito, 2 febbraio 2013.

⁸⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentenza n. 3198-14-SEP-CC, Quito, 10 marzo 2014.

⁹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentenza n. 293-15-SEP-CC, Quito, 2 settembre 2015.

⁹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentenza n. 218-15-SEP-CC, Quito, 9 giugno 2015.

⁹² La Corte di giustizia provinciale di Pastaza, con sentenza adotta nel luglio 2012, dichiarò l'ammissibilità parziale dell'azione a tutela di diritti costituzionali, in particolare del diritto al lavoro, consentendo la ripresa degli scavi, a differenza della sentenza di primo grado del giugno 2012 che invece dichiarò inammissibile l'azione proposta da una ditta di escavi per

giudice supremo giunge così a porre diversi puntelli a sostegno della pronuncia finale a favore dei “derechos de la Naturaleza” a cominciare da quello teso a dare rilievo a una serie di elementi normalmente non tenuti in conto.

Al fine dell'esame dell'azione straordinaria vengono invero prese in considerazione le “informazioni ambientali” contenute nel rapporto di ispezione elaborato dalla ARCOM, rapporto ritenuto “elemento fondamentale” capace di evidenziare diverse violazioni, relative alle normative settoriali e a quella ambientale, nonché di stabilire i danni ambientali derivanti dal fatto che la ditta, al momento della richiesta del permesso ambientale di scavo, non aveva fornito informazioni complete allo Stato in particolare quanto all'uso di macchinari e al volume di materiale da estrarre. In considerazione del rapporto diretto tra le informazioni per ottenere l'autorizzazione ambientale e i diritti della natura, in assenza di adeguate informazioni, laddove è in virtù di queste che si possono stabilire le misure più appropriate per garantire il rispetto integrale della natura, “i diritti della natura” sono da considerarsi violati, mancando il permesso a utilizzare macchinari pesanti nonché ad estrarre volumi di materiale superiori a quelli dichiarati allo Stato. Alla luce di ciò, il giudice costituzionale non considera perciò sufficiente il semplice dossier ambientale, pure presentato, nonché il piano di gestione semplificato dovendosi invece produrre studi altamente tecnici e specializzati per l'elaborazione di un piano che consenta la “protezione efficace verso la natura fino a quando dura l'estrazione (...)”. Seguendo questo ragionamento, la corte costituzionale rimprovera al giudice precedente così diversi errori compreso quello di non aver accordato alcun rilievo al rapporto dell'ARCOM e finendo in tal mondo con il non preoccuparsi effettivamente della tutela dei diritti della natura.

Ammettendo la sola violazione dei diritti costituzionali al “lavoro e alla proprietà”, in assenza dell'esame del rapporto, il giudice di secondo grado ha consentito sì la riprese degli scavi ma senza stabilire “un efficace controllo ambientale” violando i “diritti della natura”. Qui altro errore imputato ai giudici pregressi, quale ulteriore puntello di questa pronuncia coraggiosa e innovativa, è stato poi quello della mancata “interpretazione sistematica della Costituzione”.

Grazie a questa lettura sistematica dei diritti costituzionali – in particolare di quelli della natura – infatti “finalmente questa giurisprudenza” non considera più il diritto al lavoro come un diritto assoluto ma come un diritto che si pone sullo stesso piano degli altri, ben limitabile, arrivandosi infine ad ammettere non solo il ricorso ma anche l'azione di cui all'art. 72 relativa all'intervento di riparazione dei danni. In virtù dell'interpretazione sistematica si ammette in definitiva anche il “diritto al ripristino, e in applicazione degli articoli 396⁹³ e 397⁹⁴ della

violazione del diritto al lavoro contro un provvedimento cautelare amministrativo che disponeva come misura precauzionale la sospensione del lavoro, non ravvisando alcuna violazione dei diritti costituzionali.

⁹³ Secondo l'art. 396, in particolare comma 3 “La responsabilità per danni ambientali è oggettiva. Ogni danno all'ambiente, oltre alle rispettive sanzioni, comporterà anche l'obbligo di ristabilire integralmente gli ecosistemi e indennizzare le persone e comunità danneggiate”.

⁹⁴ In virtù dell'art. 397, “in caso di danni ambientali lo Stato agirà in modo immediato e sussidiario al fine di garantire la salute ed il recupero degli ecosistemi”.

Costituzione, lo Stato deve avviare azioni contro i responsabili al fine di riportare la natura interessata da questa attività a uno stato che consente al sistema naturale di funzionare correttamente”.

Alla luce di tutte queste considerazioni non si può non considerare questa sentenza come un indubbio punto di svolta non solo peraltro per i diversi aspetti esaminati ma anche e soprattutto per l’attenta interpretazione che si dà del concetto dei “diritti della natura” individuandosi anche gli obblighi che questo diritto impone.

In questa pronuncia invero la Corte mostra una chiara consapevolezza quanto al diverso approccio che si può assumere rispetto alle questioni ambientali, variabile a seconda del “tipo di relazione natura-società che si intende utilizzare come criterio di analisi”, ben evidenziandosi poi come la Costituzione ecuadoriana introduca una “prospettiva biocentrica”. Osserva così la Corte costituzionale che, a differenza della visione “tradizionale antropocentrica chiamata anche utilitaristica” tesa a valutare la natura in virtù dei “benefici che genera per gli esseri umani da questi dipendendo anche il grado di protezione”, la visione biocentrica, riconoscendo la natura come un “essere vivente” che genera vita, basa il rispetto che deve essere osservato dagli esseri umani valutando la Natura “come titolare di diritti, a prescindere dall’utilità delle persone”.

Il “rispetto integrale”, come diritto della natura previsto all’art. 71, inteso come un diritto generale della natura riguardante il mantenimento e i processi di rigenerazione, ovvero i cicli di vita, la struttura, le funzioni e processi evolutivi, richiederà allora che le informazioni fornite allo Stato per conseguire il permesso ambientale siano “veritiere, accurate e pertinenti”, poiché da queste dipenderanno idonee misure per proteggere e prevenire impatti o danni ambientali.

Allo stesso tempo, dovendosi interpretare la Costituzione nella sua completezza, secondo una lettura sistemica, considerando la violazione dei diritti costituzionali non solo degli individui ma anche della natura, i “diritti della natura” sembrano assumere qui, per dirla con un’espressione che utilizza la Corte costituzionale italiana in merito all’ambiente, un valore trasversale che va ad attraversare tutti i diritti e i principi del sistema giuridico: tutte le attività, anche quelle economiche o produttive, devono sempre allora osservare le “norme infracostituzionali” volte a proteggere i diritti della natura.

I diritti costituzionali, qualunque essi siano, “trovano il loro limite nell’esercizio di altri diritti” con la conseguenza che anche un’attività economica o produttiva, per quanto connessa al diritto al lavoro, deve rispettare in ogni caso i diritti dei cittadini sull’ambiente e quelli della natura.

La virata biocentrica affermata con forza in questa giurisprudenza non resta peraltro un caso isolato alla Corte costituzionale.

Influenzata dalla pronuncia costituzionale del 2015 è certamente anche la sentenza emessa nel 2018 da un Tribunale di giustizia costituzionale ecuadoriano

di secondo grado⁹⁵, in un'azione ordinaria esperita ai sensi dell'art. 86, comma 3 della Costituzione, che ritiene violato il diritto al giusto processo quanto alle consultazioni “preliminari, libere e informate” della comunità interessata dal “Progetto Río Blanco” relativa all'attività estrattiva (laddove peraltro nel frattempo, a seguito di *referendum* popolare, la stessa comunità locale consultata, in virtù dell'art. 407, non ammise alcuna eccezione all'attività di estrazione dei metalli⁹⁶).

Appare ben evidente qui l'accettazione, seppure non proclamato espressamente, della visione pure sostenuta dai ricorrenti che non guarda più ai diritti umani come a dei diritti da tutelare secondo una visione completamente antropocentrica del diritto ambientale, pure accolta in diversi strumenti internazionali e in molti ordinamenti interni, andandosi invece ad affermare sempre più negli ultimi tempi, a partire dall'Ecuador ma anche dalla Bolivia, Colombia e Argentina per giungere, in altri continenti, all'India e alla Nuova Zelanda, la prospettiva di tipo biocentrica o ecocentrica, secondo quell'idea che non pone al centro la protezione unicamente dell'essere umano ma anche quella di ogni essere vivente e persino la madre terra stessa o la natura, quali soggetti che meritano rispetto e protezione⁹⁷.

Non si può ignorare – affermano i giudici in maniera chiara – che “l'Ecuador, attraverso l'approvazione della nuova Costituzione, ha deciso di costituire una nuova forma di convivenza tra cittadini nella diversità ma anche nell'armonia, nella ricerca del *buen vivir* (*sumak kawsay*), definito come: *Sumak* - che significa l'ideale, il bello, il buono, la realizzazione; e *kawsay* - inteso come la vita, in riferimento a una vita dignitosa, in armonia e in equilibrio con l'universo e l'essere umano - laddove in breve, *sumak kawsay* significa la pienezza della vita”.

In questa visione la dignità umana non può essere intesa in maniera limitata attenendosi all'interpretazione letterale dell'espressione contenuta nella Costituzione. Essa comporta in realtà, a dire ancora del Tribunale, una serie di “realizzazioni materiali tangibili e intangibili”, necessarie per la persona come essere umano con la conseguenza che lo Stato deve tutelare i diritti, in modo “appropriato e tempestivo”, così da evitare che possa risultare alterata la pace e messa in pericolo l'armoniosa convivenza nella società e la vita stessa.

⁹⁵ Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Azuay, sentenza n. 01333-2018-03145, Molleturo, 27 agosto 2018. Per un commento sintetico ma completo v. A. Acosta, *Río Blanco, una sentencia histórica para los derechos de la Naturaleza*, in *lalineadefuego.info.it*, 8 agosto 2018.

⁹⁶ Secondo il suddetto articolo: “È proibita l'attività estrattiva di risorse non rinnovabili nelle aree protette e nelle zone dichiarate intangibili, sfruttamento forestale incluso. Eccezionalmente le suddette risorse potranno essere sfruttate su richiesta motivata della Presidenza della Repubblica e previa dichiarazione d'interesse nazionale da parte dell'Assemblea Nazionale che, se lo riterrà opportuno, potrà indire una consultazione popolare”.

⁹⁷ In questo senso le osservazioni sollevate dai ricorrenti tra i quali alcuni membri della comunità della parrocchia di Molleturo, la Federazione delle organizzazioni, la Confederazione delle popolazioni del Kichwas dell'Ecuador Ecuarunari e il coordinatore andino delle organizzazioni indigene CAOI.

7. Alcune note conclusive

In Ecuador si arriva così, per via della giurisprudenza costituzionale, all'affermazione di una tutela effettiva della natura secondo una prospettiva biocentrica.

A differenza della giurisprudenza boliviana dove il diritto a un ambiente sano sembra sottendere ancora l'idea tesa a perseguire prevalentemente l'obiettivo di garantire all'essere umano le condizioni necessarie per il suo sviluppo di vita, nella visione dei giudici ecuadoriani la tutela ambientale è interpretata come conservazione e promozione di un insieme in cui convivono diversi ecosistemi, quello degli esseri viventi, delle risorse naturali nonché dell'essere umano.

Questo faticoso processo ecuadoriano teso a superare la tradizionale visione antropocentrica della natura non sembra tuttavia incontrare il consenso di tutti soprattutto a livello internazionale ove invece sembrano avere la meglio le visioni antropologiche e soprattutto eurocentriche, considerandosi qui l'ambiente, in definitiva, soprattutto come oggetto di permessi e non già soggetto meritevole di tutela.

La Corte costituzionale dell'Ecuador, proseguendo sulla via intrapresa in precedenza e continuando così a dare una svolta rivoluzionaria e biocentrica alla protezione ambientale, vede invero svuotata di qualunque efficacia la propria pronuncia emessa nel 2018⁹⁸, a seguito di un'azione di protezione straordinaria rivendicante il "diritto diffuso" all'ambiente sano⁹⁹. Nella pronuncia, accogliendosi le rivendicazioni di chi viveva il territorio, nel confermare la sentenza di condanna adottata dalla Corte nazionale di giustizia del 2013 a carico di una grande multinazionale - che pure stabiliva che quando si "distrugge in questo modo l'aspettativa dei diritti di terza generazione connessa alla natura, la legge ambientale attribuisce il diritto a un gruppo di rivendicare questi diritti (...) per il risanamento del territorio e il riconoscimento dei loro diritti fondamentali" - sembrava volersi accordare al diritto a vivere in un ambiente sano, quale diritto collettivo fondamentale in uno "stato di diritto", una sorta di valore di super-

⁹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentenza n. 230-18-SEP-CC, Quito, 27 giugno 2018. In questa pronuncia la Corte, a chiusura di un lungo processo iniziato nel 1993, si era espressa a favore di più di trentamila persone, tra i quali i membri di cinque tribù amazzoniche, contro la compagnia petrolifera transnazionale Chevron che operò in Ecuador tra il 1964 e il 1990, confermando una condanna a pagare una somma pari a 9,5 miliardi di dollari per danni da inquinamento di un'area di ben 4.400 chilometri quadrati della foresta pluviale ove erano stati scaricati più di 60 miliardi di litri di acque reflue, oltre a petrolio greggio, provocando, peraltro, un'incidenza anomala di patologie oncologiche e malformazioni congenite. Peraltro qui diversi principi sono qui proclamati e tra questi quello della "responsabilità oggettiva" del danno ambientale con la conseguente inversione costituiscono il blocco costituzionale a tutela della natura quello dell'onere della prova, il principio dell'applicazione della norma più favorevole per l'ambiente e l'imprescrivibilità del danno ambientale. Per un commento in merito v., M. Peña Chacón, *Observaciones generales sobre la sentencia Chevron de la Corte constitucional del Ecuador*, in *Diario Ambiental*, 2018, reperibile online all'indirizzo: dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/07/Chacón-Ambiental-2.8.pdf.

⁹⁹ La Corte analizza in maniera approfondita anche tale diritto alla luce non solo della legislazione ambientale ma anche del codice civile che ricomprende nell'azione popolare anche l'azione diretta a rivendicare "danni potenziali dovuti a incoscienza o negligenza e che minaccia malattie indeterminate".

diritto. Questo sembra mostrarsi, infatti, come un diritto in grado di sovrapporsi ai diritti preesistenti e perciò ben idoneo a giustificare la restrizione di altri diritti, quali quelli legati alla proprietà, al commercio e all'industria, al lavoro, risultando collegato alla "qualità della vita" nonché in ultimo alla dignità umana.

La svolta in qualche modo 'biocentrica', dopo soli tre mesi, sembra tuttavia, come si diceva, subire una battuta d'arresto, bloccata da un tribunale della Corte permanente di arbitrato dell'Aja che ha ordinato l'annullamento della sentenza che condannava *Chevron* al pagamento dei danni, accusando l'Ecuador di aver violato il Trattato bilaterale sugli investimenti esistente tra Ecuador e Stati Uniti dal 1993¹⁰⁰. Qui che ad essere favoriti sono soprattutto interessi individuali come la libertà commerciale ed economica: a questo livello, più che nel diritto interno, i diritti della natura appaiono insomma, come si direbbe in occidente, "recessivi" in un giudizio di bilanciamento rispetto al diritto al giusto trattamento dell'investitore straniero, previsto nel trattato.

Tutto questo con buona pace del diritto all'ambiente, del *buen vivir* e dei diritti della natura delle Carte costituzionali latinomaericane¹⁰¹.

¹⁰⁰ "Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment" del 27 agosto 1993. Più nello specifico si accusa la sentenza ecuadoriana di "violate(s) international public policy" and "should not be recognised or enforced by the courts of other States".

¹⁰¹ Nel Trattato l'unica eccezione al trattamento nazionale previsto nel Protocollo allegato al punto 4, quanto all'Ecuador (a differenza degli USA che invece include tra i settori soggetti ad eccezione l'ambiente, ovvero specificamente, tra l'altro, "use of land and natural resources") è "in the sectors or matters it has indicated below: traditional fishing (which does not include fish processing or aquaculture); ownership and operation of broadcast radio and television stations".

Life Imprisonment Without Prospect of Release: Comparative Remarks from a Human-Rights Perspective

di *Diego Mauri*

Abstract: *Pena perpetua senza prospettiva di rilascio: una comparazione dalla prospettiva dei diritti umani* – Life imprisonment without prospect of release is a penalty experiencing remarkable success today, especially in Europe. However, certain human rights bodies have recently begun to assert that this penalty runs counter the so-called ‘right to hope’, derived by way of interpretation from the right not to be subject to inhuman or degrading treatment. The purpose of the present contribution is to shed light on the potential and the limits of such trend by analyzing the case-law of universal (such as the UN system) and regional (the European system, the Inter-American system; the African system) bodies.

Keywords: Life imprisonment; Human rights; Prohibition on inhuman and degrading treatment; Right to hope; Rehabilitation.

2479

1. Introduction

Crimes and penalties are inherently state prerogatives: it is up to States to decide what are to be considered the worst offences directed to them (crimes) and how to punish their offenders (penalties), which constitutes the core of their *jus puniendi* – that is, the ‘right to punish’¹. This premise, apparently trivial for lawyers, in fact suggests further reflections to the international lawyer: crimes and penalties, and more generally all that concerns the act of punishing, fall within States’ domestic jurisdiction (*domaine réservé*). International law is not meant to raid such province.

Far from being a postulate, this assertion – which surely held true some decades ago – needs to be amended in light of supervened conditions. International law, and more specifically international human rights law (IHRL), has come to establish that States are not free to punish offenders by all means: boundaries exist. For example, in 1948 the United Nations (UN) General Assembly proclaimed the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), whose Art 5 reads: ‘No one shall be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment’². Albeit through an instrument per se void of binding force, States recognized an embryonic limitation to their inherent *jus puniendi*: they shall not carry out ‘cruel, inhuman or degrading’ penalties. Their *domaine réservé* on the matter of punishment begun to crumble then.

¹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, edited by R. Fabietti, Milan, 1973.

² UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948.

The present contribution moves from this evidentiary circumstance, and aims at tackling a specific form of punishment, namely life imprisonment that – either *de jure* (that is, by express legal provision) or *de facto* (that is, as a result of factual circumstances) – *denies* or *unreasonably limits* the access to key benefits such as the reduction or remission of the penalty originally imposed. In other words, focus will be on forms of life imprisonment in which prospect of release is absent or, albeit provided, is not materially accessible to prisoners. The phrase ‘life imprisonment without prospect of release’ adequately – yet not perfectly – describes such form of punishment, and will thus be employed hereinafter³.

The topicality and the relevance of such issue derives from a threefold circumstance. First, it is argued that the (almost) widespread abolition of death penalty – by far the most severe form of punishment – has brought about a re-discovery (and sometimes even a discovery) of life imprisonment⁴. Second, many have begun to argue that a whole-life limitation of basic rights (such as liberty) raises a number of concerns that is not necessarily inferior to that raised by death penalty⁵. Third, despite the spread and the severity of such penalty, surprisingly there is little to no literature dedicated to its implications from human-rights oriented perspective⁶. As an author has brilliantly suggested, today life imprisonment deserves being ‘taken seriously’ *à la* Dworkin, not only at the domestic level but also at the international one⁷.

A definitional hurdle has to be solved preliminarily: it is impossible to refer to ‘life imprisonment without prospect of release’ as a unitary notion, a conclusion implied from the circumstance that in principle each State maintains the prerogative to establish punishments⁸. Thus, for instance, in the US legal system life imprisonment exists in a variety of forms, ranging from life imprisonments allowing an individual to be considered for early release after a period of time (one year or forty years) to life imprisonment without parole. In Italy, two large families of life imprisonment exist, namely ‘ordinary’ life imprisonment (the so-called *ergastolo*) and life imprisonment preventing individuals from accessing relevant penitentiary benefits absent specific conditions (the so-called *ergastolo*

³ For a different categorization of forms of life imprisonment, see D. van Zyl Smit, C. Appleton, *Life Imprisonment. A Global Human Rights Analysis*, Harvard, 2019, xi ff.

⁴ UN Secretary-General, *Capital Punishment and Implementation of the Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty*, ESCOR, UN Doc. E/2010/10, 1 32 (2009). Today, life imprisonment is a statutory penalty in 183 out of 216 countries and territories worldwide: see D. van Zyl Smit, C. Appleton, *supra* note 3, xi ff.

⁵ For instance, the same Cesare Beccaria expresses his personal preference for life imprisonment as a paradoxically harsher penalty than the capital punishment: see Beccaria, *supra* note 1, 69 ff. Also religious leaders, such as Popes, have joined academic reflection on this topic: see *amplius* M. Abellán Almenara, D. van Zyl Smit, *Human Dignity and Life Imprisonment: The Pope Enters the Debate*, in 15 *Human Rights Law Review* 369 (2015), and also the landmark work of L. Eusebi, *La Chiesa e il problema della pena: sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, Brescia, 2014.

⁶ N. Bernaz, *Life Imprisonment and the Prohibition of Inhuman Punishments in International Human Rights Law: Moving the Agenda Forward*, in 35 *Human Rights Law Quarterly* 470 (2013), 471.

⁷ D. van Zyl Smit, *Taking Life Imprisonment Seriously in National and International Law*, The Hague, 2002.

⁸ *Ibidem*, 1-3.

ostativo). The Italian case will make the object of *ad hoc* reflections below, as the *ergastolo ostativo* has been found in contravention with obligations stemming from the European Convention on Human Rights (ECHR) in the recent and landmark case *Viola v. Italy (No 2)*⁹. This decision contains the European Court of Human Rights (ECtHR)'s most advanced reflections on life imprisonment without prospect of release. A request for referral to the Grand Chamber formulated by the Italian Government has been rejected in October 2019, which renders the judgment final¹⁰.

Having said this, life imprisonment without prospect of release may be addressed from opposite, yet intertwined, viewpoints: one goes from the individual subject to this penalty, the other from the functions traditionally believed to be exercised by penalties in criminal law.

Approaching this penalty from the prisoner's standpoint, in its fundamental sense the penalty amounts to denying the prisoner any hope to be realistically readmitted in the society. Especially in the European context – which will be at the center of the present analysis – there is a recent trend referring to an alleged prisoners' 'right to hope' that would be violated in case of life imprisonment without prospect of release¹¹. A key point is to assess whether (and, in the positive, to what extent) such right can be said to exist at the universal level, or whether it has been gaining traction only on a limited scale, namely within the European system of protection of human rights.

Surely, the fact that convicted individuals hope for their release is part and parcel of the more general process of rehabilitation – which is now believed to be (one of) the main purpose of punishment. Given its acknowledgement by most IHRL instruments, one may expect that rehabilitation requires recognition of prisoners' 'right to hope' and therefore outright rejection of life imprisonment without prospect of release. In fact, the situation is different, as will be shown throughout this contribution.

These complex issues will be tackled from a comparative perspective, that is by contrasting the main IHRL instruments and the relevant monitoring bodies' case-law; conversely, domestic legislations fall outside the scope of the present analysis, and will be considered only to the extent that they offer an effective contribution to the IHRL debate¹². First, attention will be paid to the universal level with a view to identifying some general approaches (Section 2). Focus will then be moved to regional instruments, in turn: the European system (Section 3); the Inter-American system (Section 4); the African system (Section 5). This overview will allow for a global analysis aiming to show in which systems the 'right to hope' and the purposes of rehabilitation are better fostered, and where –

⁹ App. No. 77633/16, 13 June 2019.

¹⁰ See hudoc.echr.coe.int/eng-press#%20.

¹¹ On the right to hope, see generally P. Pinto de Albuquerque, *Life imprisonment and the European right to hope*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

¹² For a short but comprehensive survey of life imprisonment in domestic legal orders, see Penal Reform International, *Life Imprisonment. A Policy briefing*, April 2018.

and possibly why – a human-rights oriented reflection on life imprisonment without prospect of release is totally or partly lacking (Section 6).

2. The International Covenant on Civil and Political Rights

Looking at the universal layer, the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter: the ICCPR) contains an explicit provision in favor of rehabilitation, namely Art 10(3), which reads: ‘The penitentiary system shall comprise treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation’¹³.

From a systematic perspective, this provision seems endowed with very high potential: Art 10(1) solemnly establishes that all prisoners must be treated in accordance with their inherent ‘dignity’. The concept of human dignity is a key one: it first surfaced in the UDHR¹⁴, it is echoed in the very Preamble of the ICCPR¹⁵, and it inspires a conspicuous portion of IHRL jurisprudence. It is therefore implied that the purpose of rehabilitation is required by the respect of the prisoners’ dignity: penalties must aim at rehabilitating the individuals and allowing for their readmission in the society. Retribution alone is not consistent with the ICCPR: so goes General Comment No. 21¹⁶, and most commentators are on the same page¹⁷. Soft-law instruments such as the former *UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*¹⁸ as well as the more recent *Mandela Rules*¹⁹ contain clear provisions in favor of prisoners’ return to society. In addition, parallel indications derive from the Statute of the International Criminal Court²⁰. In sum, Art 10(3) seems situated within an unequivocal normative framework.

Yet, the provision’s practical application has not met the expectations of those who advocate for a human rights-based sensitiveness towards punishment so far: in a very limited number of cases the ICCPR’s monitoring body, the Human Rights Committee (HRCttee or Committee), has had the occasion to apply Art 10(3). For example, in a recent case, the HRCttee has held that failure to keep post-conviction preventive detainees distinct from life prisoners contravened both Art

¹³ UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, 999 UNTS 171.

¹⁴ See *supra* note 2, Preamble, Art 1 (‘All human beings are born free and equal in dignity and rights’), Arts 22-23.

¹⁵ See *supra* note 11, Preamble (‘... recognition of the inherent dignity ... is the foundation of freedom, justice and peace in the world’; ‘these rights derive from the inherent dignity of the human person’).

¹⁶ Human Rights Committee, *General Comment No 21: Article 10 (Humane treatment of persons deprived of their liberty)*, 10 April 1992, HRI/GEN/1/Rev.9, para 10.

¹⁷ A. Ploch, *Why dignity matters: Dignity and the right (or not) to rehabilitation from international and national perspectives*, in 44 *International Law and Politics* 887 (2012), 906-907.

¹⁸ UN General Assembly, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, 30 August 1955, Rules 58-61, 65, 66 and *passim*.

¹⁹ UN General Assembly, *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules)*, 8 January 2016, A/RES/70/175.

²⁰ *Rome Statute of the International Criminal Court* (last amended 2010), 17 July 1998, Art 110; see also *Rules of Procedure and Evidence*, 3-10 September 2002, Official Records ICC-ASP/1/3, Rules 223, 224.

9 (1) ICCPR (the provision against arbitrary detention) and Art 10(3) ICCPR, inasmuch this imprisonment condition is inadequate to ensure rehabilitation²¹. That being said, specific pronouncements on Art 10(3) are scarce. While case-law on death penalty has been growing exponentially in the last decades²², the same has not happened with respect to life imprisonment in general, and life imprisonment without prospect of release in particular. As has been observed, the very issue of life imprisonment had been totally neglected by Delegations during the drafting process of the Covenant²³; its practical application largely pursued the same path.

The same holds true also from the standpoint of Art 7 ICCPR, which prohibits inhuman and degrading ‘treatment or punishment’. This prohibition has made the basis, for example, for rejecting corporal punishment and all forms of punishment involving serious physical and mental suffering²⁴. This has never resulted in a finding that life imprisonment without prospect of release constitute such treatment; on the contrary, it has been considered as legitimate in principle. However, if on certain conditions life imprisonment without prospect of release were applied in a manner that it resulted in such forms of punishment, Art 7 ICCPR would be a relevant provision. The point is that the number of applications raising Art 7 complaints is as much limited as is for Art 10(3).

In *Weiss v. Austria*, the HRCttee was asked to declare that a *de facto* life imprisonment (845 years reducible to 711 years for good behavior) violated the prohibition on degrading and inhuman punishment enshrined in Art 7 ICCPR. The Committee held that in principle life imprisonment without prospect of release ‘may’ raise issues with respect to the prohibition on inhuman and degrading punishments (Art 7) read in conjunction with Art 10(3)²⁵, but eventually declared the case inadmissible. So far it has not declared any State responsible for violating such provisions. However, it has provided useful indications on how life imprisonment must be organized and served to be compliant with the ICCPR. For instance, the HRCttee has held that there is a legal obligation to conduct a review of the prisoner’s status after serving the non-parole period where provided²⁶; the issues of *de facto* whole-life imprisonment (such as 75 years)²⁷ and the non-parole period duration²⁸ have been considered as well, albeit only incidentally or by separate opinions. In addition, the Committee has also

²¹ *Miller and Carroll v. New Zealand*, Comm. No. 2502/2014, 21 November 2017.

²² *Judge v. Canada*, Comm. No. 829/1998, 5 August 2002; *Thompson v. Saint-Vincent-and-the-Grenadines*, Comm. No. 806/1998, 18 October 2000; *Ng v. Canada*, Comm. No. 469/1991, 5 November 1993.

²³ See M. Novak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd ed., Kehl am Rhein, 2005, 254 ff.

²⁴ See for instance HRCttee, *General Comment No 20: Article 7*, 3 October 1992, HRI/GEN/1/Rev.9, paras 5, 6. See also Bernaz, *supra* note 6, 493 ff.

²⁵ *Weiss v. Austria*, Comm. No. 1821/2008, 24 October 2012, para 9.4.

²⁶ See *Tai Waikiri Rameka and Others v. New Zealand*, Comm. No. 1090/2002, 6 November 2003, para 7.3.

²⁷ *Teesdale v. Trinidad and Tobago*, Comm. No. 677/96, 1 April 2002, Concurring Opinion of Mr. Lallah.

²⁸ *Hankle v. Jamaica*, Comm. No. 710/96, 28 July 1999, Concurring Opinion of Mrs. Chanet.

emphasized that parole mechanisms must be operated in a way that conforms to the principle of non-discrimination²⁹, and that in order for them to be accessed they may attach some importance to the prisoner's behavior³⁰. Finally, it held that the possibility of release must be considered by an independent judiciary body³¹.

Conversely, more attention has been paid to the (more specific) issue of sentencing juveniles to life imprisonment. In this field, it must be recalled that other international instruments expressly contain prohibition of such penalty on minors. In particular, Art 37 of the UN Convention on the Rights of the Child reads: '[n]either capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age'³². This is the most straightforward prohibition on such penalty in the entire body of IHRL, yet limited to a narrow category of prisoners. Be as it may, this prohibition is sufficiently strong to influence the interpretation of Art 7 ICCPR. In *Blessington and Elliot v. Australia*, the HRCtee considered the 30-year non-parole period for juveniles to be in contravention *inter alia* with Arts 7 and 10(3) ICCPR³³. In particular, the Committee found that for life imprisonment to be compatible with ICCPR it must allow for 'a possibility of review' and 'a prospect of release'³⁴. While this does not imply that release has to be granted in all circumstances, what matters is that 'release should not be a mere, theoretical possibility' and that the review mechanism should aim to 'evaluate the concrete progress made by the authors towards rehabilitation'³⁵. In short, what must be granted to every juvenile subject to life imprisonment can be called 'right to hope'.

Surely, the prohibition on life imprisonment without prospect of release contained in the Convention on the Rights of the Child may have influenced the HRCtee's particular reading of Arts 7 and 10(3) ICCPR; however, the findings in this case – as in spite of their being tailored to juveniles – seem to be formulated in a way that makes it possible to extend them also to adults. If rehabilitation is a penalty's 'essential' aim that applies to anyone as established by Art 10(3), one may legitimately wonder how a non-parole prisoner can work for their own readmission in the society, if any effort made within the prison's walls does not assume any relevance for their release: hence the importance of review mechanisms and 'a prospect of release' also for adults. As one can easily infer, age does not ultimately seem a determining factor when the 'right to hope' is at stake.

²⁹ *Kang v. Republic of Korea*, Comm. No. 878/1999, 16 July 2003, para 7.2.

³⁰ *Van der Plaats v. the Netherlands*, Comm. No. 1492/2006, 22 July 2008, para 6.4.

³¹ *Rameka and Others v. New Zealand*, Comm. No. 1090/2002, 6 November 2003.

³² UN General Assembly, *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, 1577 UNTS 3, Art 37. For a commentary on the *travaux préparatoires* of such instrument, see J. Tobin, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford, 2019, 1463 ff.

³³ *Blessington and Elliot v. Australia*, Comm. No. 1968/2010, 17 November 2014. For a commentary, see K. Fitz-Gibbon, *Life without Parole in Australia: Current Practices, Juvenile and Retrospective Sentencing*, in D. van Zyl Smit, C. Appleton, *Life Imprisonment and Human Rights*, Portland, 2016, 75 ff.

³⁴ *Blessington and Elliot v. Australia*, *supra* note 33, para 7.7. See also *Yong-Joo Kang v. Republic of Korea*, Comm. No. 878/1999, 16 July 2003, para. 2.3.

³⁵ *Blessington and Elliot v. Australia*, *supra* note 33, para 7.7.

An appropriate occasion for the HRCttee to clarify its stance on life imprisonment without prospect of release is represented by the pending case of *Albanese and Others v. Italy*³⁶, communicated to the Italian Government on April 2019. The applicants, all sentenced to the stricter form of life imprisonment envisaged by the Italian legal system, the so-called *ergastolo ostativo*³⁷, argue that subordinating release on license and access to several forms of reduction of sentence and alternatives to custody to cooperation with authorities runs contrary to Arts 7, 10(1) and 10(3) ICCPR. As will be shown below, the European Court of Human Rights has recently dealt with an analogous case: time will tell if the Committee and the Court are on the same page on this issue.

Recapitulating, for the moment one must remain cautious and not overestimate the HRCttee's case-law. First, albeit literally envisaged by the ICCPR as the 'essential' aim of punishment, rehabilitation has been left at the corner of the Committee's case-law: this may seem understandable, given the variety of penitentiary systems across States and the difficulty to establish whether the applicant was a specific victim of a State's failure to adopt or implement a rehabilitation-oriented model of punishment. Second, also the legal basis provided by Art 7 has not been interpreted so as to single out a 'right to hope' for individuals other than juveniles, even if no unsurmountable theoretical obstacles would show up in such case. Lastly, it seems that the potential contained in the reference to 'human dignity' as per Art 10(1) has been left largely unexploited so far.

2485

3. The European Convention on Human Rights

Moving from the universal layer to the regional ones, the first system deserving close scrutiny is the European one. As has been briefly said, the European system – based on the European Convention on Human Rights (ECHR) – has considerably evolved in terms of punishments generally, and life imprisonment particularly. This success can be explained by taking into account, to name only one, the circumstance that out of forty-seven States party to the ECHR, forty-four establish a form of life imprisonment without prospect of release for serious crimes.

Albeit Art 3 ECHR does not contain any reference to 'punishments' unlike Art 7 ICCPR, for decades the ECHR's monitoring body, the European Court of Human Rights (ECtHR), has interpreted that provision so as to cover penalties. In the famous *Tyrer* case, the ECtHR held that the corporal punishment the applicant had been sentenced to (namely, three strokes of the birch) was contrary to Art 3 in that it contained a degree of 'humiliation' qualifying as 'degrading'³⁸. Death penalty is also understood in quite similar terms today³⁹.

Moving on to life imprisonment without prospect of release, the first non-judicial pronouncements date back to the seventies, when an *ad hoc* Committee of

³⁶ G-RC/CCPR/19/ITA/1.

³⁷ See *amplius infra*.

³⁸ *Tyrer v. the United Kingdom*, App. No. 5856/72, 25 April 1978.

³⁹ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, App. No. 61498/08, 2 March 2010.

the Council of Europe working on the treatment of long-term prisoners held that imprisoning a person for life ‘without any hope of release’ is ‘inhuman’⁴⁰. The Committee of Ministers subsequently adopted Recommendation Rec(2003)23 in which, albeit without condemning such penalty, it held that life sentences should aim to ‘increase and improve the possibilities for [prisoners] to be successfully resettled in society and to lead a law-abiding life following their release’⁴¹. Moreover, the 2006 *European Prison Rules* – ‘the most prominent soft-law instrument on prisoners’ rights in Europe’⁴² – provides a general framework on how to manage prisoners’ contact with the external world in view of their rehabilitation⁴³.

As far as the European Court is concerned, the case-law on life imprisonment without prospect of release is remarkably rich. Any analysis cannot leave the fact out of consideration that such penalty has never been found to be itself a breach of Art 3⁴⁴ – an affirmation, one may say, carved in stone. Such finding, however, has not prevented the ECtHR from accepting the possibility ‘that the imposition of an irreducible sentence may raise an issue’ under Art 3 ECHR⁴⁵. The Court then faced the issue in the *Léger v. France*⁴⁶ and *Kafkaris v. Cyprus*⁴⁷ cases, in both cases finding no violation of Art 3 ECHR as the respective penitentiary systems allowed for the reduction of the sanction after a given period of time. In other words, the applicants were not ‘deprived of all hope of obtaining an adjustment of [their] sentence which was not irreducible *de jure* or *de facto*’⁴⁸. It is important to focus our attention on two, intertwined aspects: the penalty’s reducibility and the prisoner’s hope to be readmitted in the society.

Reducibility *de jure* and *de facto* has become the key test for assessing the compatibility of life imprisonment without prospect of release with Art 3 ECHR: this is one of the main findings in the well-known case of *Vinter and Others v. the UK*⁴⁹. Reducibility requires that mechanisms exist that allow for a review of the prisoner’s progresses towards rehabilitation in the course of the sentence by domestic authorities⁵⁰. As far as such mechanisms are concerned, the ECtHR has progressively honed its case-law. For example, it is now required that review

⁴⁰ European Committee on Crime Problems, *Treatment of Long-Term Prisoners*, 1977, 22.

⁴¹ Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation Rec(2003)23, Adopted by the Committee of Ministers on 9 October 2003 at the 855th meeting of the Ministers’ Deputies, Appendix, para 2.

⁴² See van Zyl Smit, Appleton, *supra* note 3, 206.

⁴³ Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules, 11 January 2006.

⁴⁴ Probably it has been first stated in *Kotälla v. the Netherlands*, App. No. 7994/77, Decision of 6 May 1978.

⁴⁵ *Einhorn v. France*, App. No. 71555/01, Decision of 16 October 2001, para 27.

⁴⁶ *Léger v. France*, App. No. 19324/02, 11 April 2006.

⁴⁷ *Kafkaris v. Cyprus*, App. No. 21906/04, 12 February 2008.

⁴⁸ *Léger v. France*, *supra* note 46, para 92.

⁴⁹ *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], Apps. No. 66069/09 and others, 9 July 2013.

⁵⁰ *Ibidem*, para 119.

mechanisms be available after no more than 25 years of imprisonment⁵¹, and, albeit States enjoy a margin of appreciation with respect to the form of such mechanisms, presidential release on compassionate grounds does not fall within the notion of review mechanism⁵². The criteria for review mechanisms to be ECHR-compliant are enlisted in *Murray v. the Netherlands*⁵³: (i) they must be based on sufficiently clear and certain rules (principle of legality); (ii) they must aim to assess the continuing existence of a legitimate penological ground for detention, on the basis of an assessment of the prisoner's situation that must be actual and based on objective, pre-established criteria; (iii) they must be available not later than 25 years after the imposition of the sentence and thereafter a periodic review; (iv) they must be surrounded by adequate procedural safeguards; (v) they must be subject to judicial review. Generally, in the *Murray* case the Court stressed the importance of the 'individualization' and 'progression' principles to evaluate whether a life prisoner has a de facto prospect of release⁵⁴. These are only some characteristics, which however give a thorough picture of the current state of the art⁵⁵.

2487

As already argued, the purpose of review mechanism is to assess whether imprisonment is still justified in light of 'legitimate penological grounds': the ECtHR enumerates 'punishment, deterrence, public protection or rehabilitation' amongst them⁵⁶. It follows that rehabilitation is considered just as one of the possible purposes of punishment, and not the 'essential' one, as the ICCPR goes⁵⁷. However, one could hardly deny that the idea of rehabilitation as polar star of any penitentiary system is taking hold in the European case-law. In *Khoroshenko v. Russia*, for example, the Court argued against strict forms of life imprisonment in which prisoners are prevented 'from maintaining contacts with their families', which is believed to impinge upon 'their social reintegration and rehabilitation'⁵⁸. More straightforwardly, the Court stated that while Art 3 ECHR does not impose a duty to provide rehabilitation programs on Contracting Parties, it requires to 'give life prisoners a chance, however remote, to someday regain their freedom',

⁵¹ *Ibidem*. See also *T.P. and A.T. v. Hungary*, Apps. No. 37871/14 and 73968/14, 4 October 2016.

⁵² *Öcalan v. Turkey (No. 2)*, Apps. No. 24069/03 and others, 18 March 2014. For a commentary, see J. D. Mujuzi, *A Prisoner's Right to be Released or Placed on Parole: A Comment on Öcalan v Turkey (No. 2) (18 March 2014)*, in 9 *Baltic Journal of Law and Politics* 69 (2016). See also *Petukhov v. Ukraine (No. 2)*, App. No. 41216/13, 12 March 2019.

⁵³ *Murray v. the Netherlands* [GC], App. No. 10511/10, 26 April 2016.

⁵⁴ See van Zyl Smit, Appleton, *supra* note 3, 210. See also *Khoroshenko v. Russia* [GC], App. No. 41418/04, 30 June 2015, Joint Concurring Opinion of Judges Pinto De Albuquerque and Turković, para 10 ('[t]he cornerstone of a penal policy aimed at resocialising prisoners is the individualized sentence plan, under which the prisoner's risk and needs in terms of health care, activities, work, exercise, education and contacts with the family and outside world should be assessed').

⁵⁵ For a subsequent case concerning the UK system, see *Hutchinson v. the UK* [GC], App. No. 57592/08, 17 January 2017, and for a commentary M. Pettigrew, *A Vinter retreat in Europe: Returning to the issue of whole life sentences in Strasbourg*, in 8 *New Journal of European Criminal Law* 128 (2017).

⁵⁶ See for instance *Kafkaris v. Cyprus*, *supra* note 47, para 92.

⁵⁷ See Art 10(3) ICCPR.

⁵⁸ *Khoroshenko v. Russia* [GC], App. No. 41418/04, 30 June 2015, para 144.

which implies that prisoners be given ‘a proper opportunity to rehabilitate themselves’⁵⁹. The Court again stressed the centrality of the rehabilitative purpose in *Dickson v. the UK*, in which it strongly supported the ‘progression’ principle: the more prisoners advance in serving their sentence, the more retribution should leave room for rehabilitation⁶⁰. This explains why rehabilitation must be at the hearth of any review mechanisms⁶¹. This passage is of paramount importance as it clarifies that rehabilitation and prisoner’s ‘hope’ are tightly connected.

Turning now to the second aspect, it is thanks to the ECtHR’s case-law that a ‘right to hope’ has begun to surface in the IHRL debate on life imprisonment. This phrase has not officially entered the lexicon of the Court’s decisions yet; only some judges in their separate opinions⁶², in addition to scholarship⁶³, have resorted to it so as to elegantly capture an individual’s fundamental right (not by chance deriving from Art 3 ECHR) in a short expression. In *Vinter*’s words, the ‘right to hope’ fundamentally consists in the prisoner’s right ‘to know, at the outset of his sentence, what he must do to be considered for release and under what conditions’⁶⁴. As has been already argued, knowing the conditions for readmission in society plays a decisive role in the path for rehabilitation: hence the relevance of the ‘right to hope’ for the purposes of punishment.

Reducibility *de jure* and *de facto*, rehabilitation, ‘right to hope’: these are the basic coordinates guiding the ECtHR, to which in fact one more has to be added – ‘human dignity’. In *Vinter*, after a comparative analysis of relevant national provisions and case-law the Court stated that ‘the very essence’ of the whole conventional edifice ‘is respect for human dignity’⁶⁵, which requires that ‘all prisoners, including those serving life sentences, be offered the possibility of rehabilitation and the prospect of release if that rehabilitation is achieved’⁶⁶. At no point a clear definition of ‘human dignity’ is provided; after all, such notion is widely considered as the most controversial in IHRL precisely because of such

⁵⁹ *Harachiev and Tolumov v. Bulgaria*, Apps. No. 15108/11 and 61199/12, 8 July 2014, para 264.

⁶⁰ *Dickson v. the UK*, App. No. 44362/04, 4 December 2007, para 28.

⁶¹ *László Magyar v. Hungary*, App. No. 73593/10, 20 May 2014, para 58.

⁶² See *Vinter and Others v. the UK*, *supra* note 49, Concurring Opinion of Judge Power-Forde.

⁶³ See Pinto de Albuquerque, *supra* note 11; K. Dzehtsiarou, *Is there Hope for the Right to Hope*, in *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/>, 19 January 2017

⁶⁴ See *Vinter and Others v. the UK*, *supra* note 49, para 122.

⁶⁵ *Ibidem*, para 113.

⁶⁶ *Ibidem*, para 114.

reticence⁶⁷. It has been labeled, in turn, as ‘suspect’⁶⁸, ‘vacuous’⁶⁹, even ‘dangerous’⁷⁰.

Leaving conceptual hurdles aside, ‘human dignity’ has acquired a certain weight in the ECtHR’s case-law on life imprisonment, as witnessed by the recent *Viola v. Italy (No. 2)* case⁷¹. The applicant had been sentenced to life imprisonment for Mafia-related offenses (murder, abduction, unlawful possession of firearms) and, after six years of special prison regime pursuant to section 41bis of Law No. 354 of 26 July 1975 (‘Ordinamento Penitenziario’ or Prison Administration Act, hereinafter OP), had applied for prison leave on two occasions, both unsuccessfully. The applicant was subject to the *ergastolo ostativo* regulated by Art 22 of the Italian Criminal Code and sections 4bis and 58ter OP. In brief, according to such provisions release on license and access to several forms of reduction of sentence and alternatives to custody are precluded for prisoners that do not cooperate fruitfully with judicial authorities – a measure clearly aiming at severing all relations between members of Mafia groups⁷². Such normative framework, which essentially subordinates penitentiary benefices to judicial cooperation, does not give any relevance to the following circumstances: first, a prisoner may decide not to cooperate because of the fear of reprisals, either against next-to-kin outside the prison or against himself; second, a prisoner may find himself in the condition of not being able to cooperate due to its intimate certainty of being innocent – yet rarely, cases of miscarriage of justice occur.

In addition to this, there exists at least one precedent in the ECtHR’s case-law, namely the *Trabelsi* case⁷³. The applicant, at that time resident in Belgium, had been sentenced to life imprisonment in the US and then extradited by the Belgian authorities upon an arrest warrant. The US authorities had agreed to some requests, such as the non-enforcement of the death penalty and a possibility of commutation of a life sentence. Still, one of the conditions for accessing review mechanisms was ‘substantial cooperation’ with judicial authorities⁷⁴: to the Court

⁶⁷ On the reflection on human dignity from a IHRL perspective, see: P. De Sena, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2017, 573; C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in 19 *European Journal of International Law* 655 (2008); P. Carozza, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply*, in 19 *European Journal of International Law* 931 (2008).

⁶⁸ P. Martens, *Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte*, in AA. VV., *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, 561.

⁶⁹ M. Bagaric and J. Allan, *The Vacuous Concept of Dignity*, in 5 *Journal of Human Rights* 257 (2006).

⁷⁰ *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, App. No. 68354/01, 25 January 2007, Dissenting Opinion of Judges Spielmann and Jebens, para 9.

⁷¹ See *supra* note 9.

⁷² ‘Impossible’ or ‘unenforceable’ cooperation, as well as situations in which prisoners can demonstrate that they have severed all links with organized criminality are excluded and give access to the penitentiary benefits. On this form of life imprisonment, see E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, n. 3/2018, 1.

⁷³ *Trabelsi v. Belgium*, App. No. 140/10, 4 September 2014.

⁷⁴ *Ibidem*, para 134.

this was not enough to comply with Art 3 ECHR as it did not attach sufficient importance to the prisoner's progresses⁷⁵.

In the same line, the *ergastolo ostativo* does not attach importance to any progress towards rehabilitation that non-cooperating prisoners may make. These findings push the ECtHR to spot a radical contrast between this form of life imprisonment without prospect of release (absent cooperation) and 'human dignity': requesting that prisoners cooperate also in cases where the authenticity of such cooperation is doubtful runs counter the individual's auto-determination and thus their dignity⁷⁶. Put it in another way, the *ergastolo ostativo* is not reducible – at least *de facto* – as it places an excessively heavy burden on the perspective of a prisoner's release⁷⁷.

To conclude, this last case is telling as it vividly demonstrates how far the European case-law has pushed itself: the notion of 'human dignity' has evidently acted as an important driver in this sense. This is all the more remarkable if one considers that contrary to the ICCPR the ECHR does not contain any written provision resorting to 'human dignity'. However, possibly by virtue of the more limited number of States party to a regional instrument and the widespread resort to life imprisonment by almost all European States, the progresses made by the ECHR system towards a better understanding of human-rights implications of such penalty are exemplary.

2490

4. The American Convention on Human Rights

In the American continent the most prominent IHRL instrument is the American Convention on Human Rights (ACHR)⁷⁸. Art 5 establishes the right to 'humane treatment', which comprises the respect of personal integrity, the prohibition on torture and other inhuman or degrading treatment and punishment, and – unlike Art 3 ECHR – specific provisions for those who are deprived of their personal liberty. With respect to punishment, in line with Art 10(3) ICCPR, Art 5(6) ACHR reads that 'punishments consisting of deprivation of liberty shall have as an essential aim the reform and social re-adaptation of the prisoners'. Again, Art 5(2) parallels Art 10(1) ICCPR in that it dictates that all person deprived of their personal liberty 'shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person'.

Soft-law instruments restate such imperatives. The *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas* are based on the key conception that punishments aim to the 'reform, social re-adaptation and personal rehabilitation' of prisoners⁷⁹. Several provisions contained therein

⁷⁵ *Ibidem*, para 137.

⁷⁶ *Viola v. Italy (No. 2)*, *supra* note 9, paras 113 and 136.

⁷⁷ *Ibidem*, para 137.

⁷⁸ Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, Costa Rica, 22 November 1969.

⁷⁹ Inter-American Commission on Human Rights, Resolution No. 1/08, *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*, 13 March 2008, Preamble.

emphasize the need for rehabilitation programs and more generally for the respect of prisoners' inherent dignity, with a particular focus on living conditions in prisons⁸⁰.

Moving to the judiciary practice, it is noteworthy that Art 5(6) has been employed by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) to argue that the purpose of rehabilitation has to be well present both at the moment of establishing a given penalty (thus addressing States' law-making bodies) and at the moment of convicting an individual (thus addressing the judiciary)⁸¹. In the same vein, in some cases the Court has ruled that violations of personal integrity and of the prohibition on inhuman and degrading punishment give rise to situation that are plainly contrary to rehabilitation⁸². In other words, focus is mostly on prison living standards (such as assistance and access to productive activities)⁸³: if these are wanting, the path towards readmission in society will be easily jeopardized.

The issue of life imprisonment has been tackled in a recent case involving juveniles in Argentina, where criminal legislation allows for life imprisonment with the possibility of parole only after twenty years in prison. In the *Mendoza* case, the Inter-American Commission held in 2010 that Argentina had violated, among others, not only the provisions on special protection of children (Art 19) and against arbitrary detention (Art 7), but also 5(6) 'read in combination' with Art 19 ACHR⁸⁴. Like the *Blessington and Elliot* case analyzed above⁸⁵, a key role has been played by the UN Convention on the Rights of the Child as a specific normative framework for interpreting ACHR's provisions. Later, the IACtHR addressed the same topic – for the first time since its establishment⁸⁶ – holding that 'life imprisonment and reclusion for life do not achieve the objective of social reintegration of juveniles'⁸⁷. What is more, the Court added that due to its functioning 'in a purely retributive sense' this penalty results in rehabilitation being 'annulled to [its] highest degree'⁸⁸. On the one hand, one could extend such line of reasoning also to adults, as already argued with respect to the analogous HRCtee case. On the other hand, one must not forget that the Court adopts a proportionality-based reasoning: life imprisonment is understood as 'disproportionate' with respect to the sole objective of sanctioning a minor.

⁸⁰ For more on the Principles, see F. J. de Leon Villalba, *Imprisonment and Human Rights in Latin America: An Introduction*, in 98 *The Prison Journal* 17 (2018).

⁸¹ *Lori Berenson-Mejia v. Peru*, Series C No. 128, 23 June 2005, para 101; *García Asto and Ramírez Rojas v. Peru*, Series C No. 137, 25 November 2005, para 223.

⁸² *Penal Miguel de Castro Castro v. Peru*, Series C No. 178, 25 November 2006, para 314.

⁸³ See Inter-American Commission on Human Rights, *Report on the situation of persons deprived of liberty in the Americas*, 31 December 2011, OAS/Ser.L/V/II.Doc 64, para 608; see also B. López Lorca, *Life imprisonment in Latin America*, in van Zyl Smit, Appleton, *supra* note 33, 63.

⁸⁴ *César Alberto Mendoza et al. v. Argentina (Merits)*, Case 12.651, Report No. 172/10.

⁸⁵ See *supra* note 33.

⁸⁶ See Bernaz, *supra* note 6, 488.

⁸⁷ *Mendoza and others v. Argentina*, Series C No. 260, 14 May 2013, para 163.

⁸⁸ *Ibidem*, para 166.

Whether this proportionality assessment varies and produces different results when applied to non-juveniles remains an open question.

Unfortunately, to the writer's best knowledge there are no other cases decided by the Court on the issue of life imprisonment in general, let alone without prospect of release. Two are the plausible reasons. First, such penalty is present only in a limited number of States party to the ACHR (Mexico, on a state level; Argentina, Chile and Honduras – where life sentences can be reviewed –; Cuba and Peru – where they can be reviewed on a limited basis), a circumstance that makes Latin America 'not only a *de facto* death penalty free zone but also a life imprisonment almost-free zone'⁸⁹. Second, life imprisonment seems to be overshadowed by other penological issues that are perceived as more pressing in Latin America, such as structural shortcomings in the penitentiary systems (overcrowding; poor living conditions; ill-treatments; incommunicado detentions; torture) resulting in systemic violations of human rights⁹⁰. As an example, the *Pacheco Teruel* case contains a wide array of positive measures that States are requested to adopt in order to guarantee adequate standards of treatment in prison and thus to facilitate prisoners' rehabilitation⁹¹.

However, one must not be misled by the fact that life imprisonment without prospect of release is absent in most legal systems of States Party to the ACHR. As a matter of fact, maximum penalties tend to be much higher (ranging from 20 to 60 years) than, for instance, those established by most European States' criminal codes: Latin America's long-term imprisonment often is a *de facto* life imprisonment⁹². Given that the minimum terms to be served before being considered for conditional release in Latin American States is about two-thirds of the sentence⁹³, the fact that any reflection on the 'right to hope' is missing is worrisome⁹⁴.

In sum, the connections among the purpose of rehabilitation and the right to humane treatment have not been explored sufficiently yet. A sound reflection on the need for a real possibility of parole or release as a cornerstone for the path towards rehabilitation – the European 'right to hope' – is still missing in the American continent.

5. The African Charter on Human and Peoples' Rights

Adopted in 1981 by the then Organization of African Unity (later replaced by the African Union), the African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR)⁹⁵ contains a key provision against all forms of inhuman or degrading treatments.

⁸⁹ See de Leon Villalba, *supra* note 80, 26.

⁹⁰ See López Lorca, *supra* note 83, 66.

⁹¹ *Pacheco Teruel and Others v. Honduras*, Series C No. 241, 27 April 2012, para 67.

⁹² For numbers and figures, see the thorough analysis of F. J. de León Villalba, *Long-term Imprisonment in Latin America*, in van Zyl Smit, Appleton, *supra* note 33.

⁹³ *Ibidem*, 342.

⁹⁴ *Ibidem*, and López Lorca, *supra* note 83, 63.

⁹⁵ Organization of African Unity (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights, 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5.

Art 5 ACHPR reaffirms any individual's right 'to the respect of the dignity inherent in a human being' and prohibits 'all forms of ... degradation of man', including torture and inhuman or degrading punishment. Early drafts of this provision were far more detailed; for instance, the so-called *M'Baye Draft* explicitly provided for the rehabilitative purpose of punishments⁹⁶, in line with Art 5(6) ACHR and Art 10(3) ICCPR.

Turning to the jurisprudential application of this provision, focus is mainly on corporal punishments. The ACHPR's monitoring bodies – the Commission and the Court⁹⁷ – have repeatedly addressed the issue, holding for instance that penalties consisting of lashes with a whip were contrary to Art 5 ACHPR⁹⁸. Shari'a punishments are on the agenda as well⁹⁹. More generally, it has been stated that States do not enjoy a 'right' to punish individuals in a way that contradicts their inherent dignity of individuals¹⁰⁰.

When it comes specifically to life imprisonment, pronouncements by the two monitoring bodies are totally absent. Only (and in passing) the Commission's Special Rapporteur on Prisons – thus completely outside any contentious or judiciary procedures – noted that 'measures such as parole, judicial control, reductions of sentences, community service, diversion, mediation and permission to go out should also be developed'¹⁰¹. As a result, commentaries globally neglect the issue, or dedicate cursory remarks thereto¹⁰².

A possible explanation for the general indifference towards life imprisonment without prospect of release may be found in analogy with our previous remarks on the Inter-American system. First, much attention has been paid to prison living conditions, an issue which is globally perceived as more impelling: there have been numerous cases concerning, to name only few, denial of basic facilities¹⁰³, excessive solitary confinement¹⁰⁴, methods of 'rigorous interrogation' and 'torture'¹⁰⁵. Second, unlike other IHRL instruments the ACHPR also lacks an explicit provision – either in the convention itself or in an

⁹⁶ Draft African Charter on Human and Peoples' Rights, prepared for the Meeting of Experts in Dakar, 28 November – 8 December 1979, by K. M'baye, CAB/LEG/67/1.

⁹⁷ For an overview of the institutional framework of the African system, see *amplius* G. Pascale, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Naples, 2017, and G. J. Naldi, *The African Union and the Regional Human Rights System*, in M. Evans, R. Murray (eds), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: the system in practice*, 2nd ed, Cambridge, 2008.

⁹⁸ African Commission on Human and Peoples' Rights, *Doebbler v. Sudan*, Case No. 235/2000, 25 November 2009.

⁹⁹ *Curtis Francis Doebbler v. Sudan*, Comm. No. 236/2000, 25 November 2009.

¹⁰⁰ *Ibidem*, para 42.

¹⁰¹ Special Rapporteur on Prisons and Conditions of Detention in Africa, Prisons in Cameroon: Visit of the Special Rapporteur on Prisons and Conditions of Detention in Africa, 2-15 September 2002, ACHPR/37/OS/11/437.

¹⁰² See R. Murray (ed), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*, Oxford, 2019, 161-162.

¹⁰³ *John D. Ouko v. Kenya*, Comm. No. 232/99, 23 October – 6 November 2000.

¹⁰⁴ *Krischna Achutan (On Behalf of Aleke Banda), Amnesty International (On Behalf of Orton and Vera Chirwa), Amnesty International (On Behalf of Orton and Vera Chirwa) v. Malawi*, Comms. No. 64/92, 68/92, 78/92, 7th ACHPR AAR Annex IX (1993-1994).

¹⁰⁵ *Huri-Laws v. Nigeria*, Comm. No. 225/98, 6 November 2000.

additional protocol – against death penalty: the Commission urged States to ‘envisage a moratorium’ to such punishment in 1999¹⁰⁶, and then tackled the issue on few occasions, but generally it has always declined to make strong statements against it¹⁰⁷. While the majority of States party to the ACHPR retain the capital punishment, a small number (e.g. Kenya in 2003 and more recently Benin) of them has commuted death sentences to life imprisonment¹⁰⁸: in such context, a logic of ‘lesser evil’ – albeit legally unacceptable in principle, as what is at stake are fundamental, absolute and non-derogable rights¹⁰⁹ – seems to kick in.

However, the fact remains that life imprisonment without prospect of release is a problematic issue in some States Party to the ACHPR’s domestic (and mostly constitutional) law, such as South Africa¹¹⁰, Mauritius¹¹¹ and Malawi¹¹². On the contrary, the regional system of protection of human rights still needs time to mature, but one may already see a good start in existing case-law, for a twofold reason. First, the ACHPR contains a strong reference to ‘human dignity’, a concept which some scholars have deeply studied with respect to the African continent. Reflections on notions such as that of ‘Ubuntu’ – a term for ‘humanity’ elaborated during Zimbabwe’s independence struggle – animate not only the philosophical and political discourse¹¹³, but also the legal one: this notion attributes high and equal value – ‘dignity’ – to each person inasmuch as part of a community. It has also been resorted to by domestic judiciaries¹¹⁴. Second, it is noteworthy that the African Commission has interpreted the phrase ‘cruel, inhuman and degrading treatment’ as per Art 5 ACHPR as including also ‘actions ... which humiliate the individual or force him or her to act against his will or conscience’¹¹⁵. If this is the case, then, for instance, requiring prisoners to cooperate against their own will in order to access penitentiary benefits, as occurred in the *Viola* case, may easily meet the requirement set forth by the Commission.

¹⁰⁶ African Commission on Human and Peoples’ Rights, Resolution Urging the State to Envisage a Moratorium on the Death Penalty, ACHPR/Res.42 (XXVI) 99.

¹⁰⁷ See B. Manby, *Civil and Political Rights in the African Charter on Human and Peoples’ Rights: Articles 1-7*, in Evans, Murray, *supra* note 97, 189 ff.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 190. See also M. Ssenyonjo, *Responding to Human Rights Violations in Africa. Assessing the Role of the African Commission and Court on Human and Peoples’ Rights (1987-2018)*, in 7 *International Human Rights Law Review* 1 (2018), 24 ff.

¹⁰⁹ To confine ourselves to the Commission’s case-law, see *Gabriel Shumba v. Zimbabwe*, Comm. No. 288/04, 2 May 2012, para 142 (taking an ‘uncompromising stand against torture’).

¹¹⁰ See Mujuzi, *supra* note 52, 80 ff.

¹¹¹ See J. D. Mujuzi, *The Evolution of the Meaning(s) of Penal Servitude for Life (Life Imprisonment) in Mauritius: The Human Rights and Jurisprudential Challenges Confronted So Far and Those Ahead*, in 53 *Journal of African Law* 222 (2009).

¹¹² See E. Gumbo, *A Critical Analysis of Life Imprisonment in Malawi*, in 61 *Journal of African Law* 443 (2017).

¹¹³ J. W. T. Samkange, *Hunhuism or Ubuntuism: a Zimbabwe indigenous political philosophy*, Philadelphia, 1980; D. Tutu, *No Future without forgiveness*, London, 1999.

¹¹⁴ Equality Court of Johannesburg (South Africa), *Afri-Forum and Another v. Malema and Others* (20968/2010), 12 September 2011 (in a hate speech trial).

¹¹⁵ *International PEN, Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Interights (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jnr.) v. Nigeria*, Comms. No. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97, 31 October 1998, para 79.

6. Concluding Discussion

Ensuring that life prisoners have a ‘prospect of release’ seems not only appropriate in penological terms, but also consistent with what their inherent dignity – something that is not washed away even by the most heinous crimes – demands. The proposed IHRL comparative approach to life imprisonment without prospect of release allows for the identification of some common traits and differences between the main international instruments aiming to the protection of human rights. Let us face them in turn.

As for the latter ones, it is impossible not to spot a radically diverse approach to the issue. The rehabilitative purpose of penalties is strongly affirmed in those systems – such as the ICCPR, the ACHR, the ACHPR – in which the life prisoners’ ‘right to hope’ for their readmission in society strives more to get affirmed and to acquire conceptual autonomy from the more general right not to be subject to inhuman or degrading punishment – which happens with respect to the ECHR. As a matter of fact, the European reflection on the issue is rich in pronouncements that have gradually shaped this right: review mechanisms must be in place that ensure adequate substantial and procedural safeguards, and thus an effective – and not merely abstract – ‘prospect of release’ for life prisoners. Reducibility *de jure* and *de facto* goes on a par with the purpose of rehabilitation. In sum, the ‘right to hope’ is truly a ‘European’ one¹¹⁶.

One reason explaining such ‘multi-speed’ approach to life imprisonment across IHRL instruments is the relevance of this penalty in the public debate: Europe stands as a death penalty-free and life imprisonment-friendly zone, while in the American continent (with the major exception of the US and Canada) life imprisonment is provided only by few States, and in the African continent capital punishment and corporal ones remain on top of the human rights agenda. Incidentally, one may add that also in the Asian continent life imprisonment, especially in its harshest forms, is an issue: India and China have recently adopted it as a formal statutory sanction, while only few States have prohibited it altogether (such as East Timor).

As for the commonalities, all the instruments tackle the issue from the standpoint of the prohibition on torture, cruel, inhuman and degrading punishments or more generally treatments: life imprisonment, yet severe, is not considered to infringe such prohibition in itself, as States maintain a wide margin appreciation in matters of criminal policy. They are basically free to establish this penalty for criminal acts, provided that the proportionality requirement between offence and penalty is met¹¹⁷, and with the exception of minors (to whom specific IHRL provisions apply). Either in treaty provisions or thanks to monitoring bodies’ jurisprudence, rehabilitation is considered at the core of penalties’ purposes at least on a par with other purposes: it follows that a penalty in which rehabilitation is not given importance – altogether or sufficiently, as happens when

¹¹⁶ See Pinto de Albuquerque, *supra* note 11.

¹¹⁷ For more on proportionality in the relationship between offence and penalty, see van Zyl Smit, Appleton, *supra* note 3, 126 ff.

no concrete prospect of release is ensured and thus when prisoners have no incentive to work for their rehabilitation – is in contravention with all the IHRL instruments analyzed above.

A further touchpoint among these instruments lies in their reference to ‘human dignity’. This is a key concept as: (i) it is expressly mentioned in the ICCPR, the ACHR, and the ACHPR and, yet with minor differences, systematically placed before the provision against inhuman and degrading punishments and on rehabilitation; (ii) in spite of its being absent in the ECHR, it has been resorted to by the ECtHR to advance its jurisprudence on life imprisonment without prospect of release, namely to argue that subordinating penitentiary benefices to judicial cooperation does not ensure *de facto* reducibility of life sentences and thus qualifies as a treatment proscribed by Art 3 ECHR. Contrary to the ECtHR, other monitoring bodies have not relied on ‘human dignity’ to enhance their understanding of both the prohibition on inhuman and degrading treatments and the rehabilitative purpose of penalties. As has been observed, ‘human dignity’ has gained more traction in some States’ constitutional-law jurisprudence¹¹⁸.

In closing, it is safe to argue that, yet taking into account the structural divergencies and the ‘multi-speed’ approach explained above, life imprisonment without prospect of release exists as an open issue under current IHRL: somewhere it is felt as topical, somewhere else it is overshadowed by more pressing needs. In all cases, it is certain that what has been labeled a ‘*laissez-faire* approach’¹¹⁹ with respect of sentencing in criminal law is experiencing a gradual, but tangible, process of rethinking at the international level, and human rights bodies are playing a leading role in it. This short contribution has demonstrated that life imprisonment without prospect of release is an apt test bench for this process.

¹¹⁸ See G. de Beco, *Life sentences and human dignity*, in 9 *The International Journal of Human Rights* 411 (2005) 414 ff. (citing German and South African cases).

¹¹⁹ See Bernaz, *supra* note 6, 496.

La cooperazione tra l'UNESCO e l'UE: aspetti istituzionali e materiali*

di Luca Paladini

Abstract: UNESCO-EU cooperation: contents and institutional aspects – The article explores the UNESCO-EU cooperation, with regard to both material contents and institutional aspects. After some preliminary considerations, this work analyzes the participation of each organization in the works of the other, also focusing on two specific aspects. On the one hand, the EU accession to the UNESCO conventions and, on the other hand, the EU financial support to UNESCO projects. Below, it will be paid attention to some EU actions in favor of culture, considered as expressions of the partnership with UNESCO. Some final considerations take a peek into the future of the UNESCO-EU cooperation.

Keywords: UNESCO; European Union; International Organizations; Cultural Cooperation; Financial Cooperation.

2497

1. Introduzione

L'avvio della cooperazione tra l'UNESCO e la CEE (oggi, l'UE) risale al 1964, quando, attraverso uno scambio di lettere, i due enti internazionali formalizzavano la volontà di raggiungere obiettivi condivisi in alcuni ambiti di interesse comune, a tal fine avviando uno scambio di informazioni e di consultazioni reciproche.¹

Da tale esordio, l'instaurata cooperazione in materia culturale si è progressivamente sviluppata e arricchita di contenuti, anche in ragione del conferimento, avvenuto con il Trattato di Maastricht, di una competenza espressa in materia di cultura alla Comunità europea (CE).² In precedenza, la cooperazione tra le due organizzazioni aveva trovato espressione anche in altri ambiti di competenza comunitaria – ad esempio, come vedremo, nella disciplina del mercato comune – ma è ben chiaro che l'introduzione della politica culturale comunitaria ha determinato una maggiore convergenza tra gli obiettivi attribuiti alla CE e gli scopi assegnati all'UNESCO di contribuire al mantenimento della pace e di

* Questo lavoro è anche destinato alla pubblicazione nel volume di E. Baroncini, *Il diritto internazionale e la protezione del patrimonio culturale mondiale*, Bologna, 2020.

¹ Cfr. G. Butler, *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). The EU's Transition From Observer to Full Participant on an ad hoc Basis*, in R. A. Wessel, J. Odermatt (eds.), *Research Handbook on the European Union and International Organizations*, Cheltenham, 2019, 149.

² Art. 128 TCE, nella versione introdotta dal Trattato di Maastricht.

conseguire una maggiore cooperazione tra gli Stati, attraverso la promozione e la protezione dell'educazione, delle scienze e della cultura.

Su tale premessa, questo lavoro si propone di ricostruire, nella misura maggiore possibile, il complesso della cooperazione tra l'UNESCO e l'UE, con riguardo sia ai contenuti materiali, sia alle modalità attuative. A tal fine, svolte alcune considerazioni di carattere istituzionale sui rapporti tra i due enti internazionali e sul relativo quadro regolatorio, si intende dar conto delle modalità di partecipazione diretta di ciascun ente ai lavori dell'altro, soffermandosi, in particolar modo, su due aspetti. Da una parte, si intende dar conto dell'adesione della CEE/CE (oggi, UE) alle convenzioni stipulate sotto l'egida dell'UNESCO e, dall'altra, del sostegno finanziario che l'Unione offre ai progetti avviati dall'Organizzazione a vocazione universale. Di seguito, si volgerà lo sguardo alle azioni intraprese dall'UE a favore della cultura, intese come forme attuative della *partnership* con l'UNESCO, con particolare riguardo alla considerazione degli aspetti culturali nella stipula degli accordi di associazione, partenariato e vicinato conclusi con gli Stati terzi e alla protezione dei beni culturali nel mercato unico. In tale sezione, un cenno verrà anche riservato all'ipotesi che, in futuro, l'Unione possa sviluppare un'attività di *peace-keeping* culturale, poiché, come vedremo, sussistono i presupposti per dar vita a tale felice sviluppo. Infine, chiuderanno questo lavoro alcune brevi considerazioni sul futuro dei rapporti tra l'UNESCO e l'UE, che, come vedremo, ci appaiono proiettati verso una cooperazione sempre più stretta e, soprattutto, incentrata sul sostegno finanziario alle attività intraprese dall'Organizzazione a vocazione universale.

2498

2. Il quadro regolatorio frammentato della cooperazione tra l'UNESCO e l'UE

Se dal 1964 la cooperazione tra l'UNESCO e l'UE si è sviluppata e arricchita di contenuti materiali, la stessa progressione ha riguardato anche gli strumenti atti a regolarla.³

Infatti, allo scambio di lettere del 1964 seguirono uno scambio di note nel 1972-1973 e successivamente, nel 1995, vennero definite delle *Dispositions applicables à la coopération entre la Commission des communautés européennes et l'UNESCO*, atte a regolare gli aspetti tecnico-finanziari della cooperazione tra i due enti.⁴ Tali *Dispositions* vennero poi sostituite nel 2004, quando l'UNESCO aderì al *Financial and Administrative Framework Agreement* (cd. *Fafa*), firmato il 29 aprile 2003 tra la CE e l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), il cui fine è, parimenti, di disciplinare gli aspetti tecnici relativi all'erogazione di risorse finanziarie da parte dell'UE. Infine, nel recente *Memorandum of Understanding* del

³ Su tale evoluzione, cfr. E. Baroncini, *Il treaty-making power della Commissione europea*, Napoli, 2008, p. 23 ss.

⁴ UNESCO Executive Board, Summary records, 147th session, 1995, allegato al punto 8.4, *Dispositions applicables à la coopération entre la Commission des communautés européennes et l'UNESCO, complétant les échanges de lettres des 2 et 15 septembre 1964 et des 12 décembre 1972 et 14 février 1973 entre les deux parties*.

2012 (*MoU 2012* o *memorandum*)⁵ l'UNESCO e l'UE hanno espresso la volontà di dare un nuovo impulso alla cooperazione e al dialogo esistenti. Manca, dunque, un atto che dia conto dell'insieme dei contenuti e delle forme della cooperazione tra i due enti internazionali, la cui disciplina risulta frammentata.

In tale articolato quadro regolatorio, alcune considerazioni merita il *MoU 2012*, poiché, come anticipato, esprime la volontà di completare e ulteriormente sviluppare l'esistente *partnership*, a tal fine rafforzando il dialogo e condividendo informazioni e dati rilevanti in aree di interesse comune.⁶

Il *memorandum* esordisce richiamando l'ampia convergenza sul piano dei valori condivisi e degli obiettivi da raggiungere.

Quanto ai valori, si fa menzione al rispetto della dignità umana, alla libertà, alla democrazia, all'uguaglianza, allo Stato di diritto e al rispetto dei diritti umani, in particolare la libertà di espressione,⁷ che pure sono indicati all'art. 2 TUE e trovano corrispondenza nel preambolo del trattato istitutivo dell'UNESCO, laddove è fatto riferimento alla negazione del valore della dignità umana quale elemento che ha contrassegnato il secondo conflitto mondiale. Mancano, invece, riferimenti al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, che non solo è un valore comune ai due enti,⁸ ma figura anche nei *memoranda* convenuti tra l'UNESCO e altre organizzazioni internazionali.⁹

Più articolato è, invece, il ventaglio degli obiettivi condivisi, anche in aderenza agli obiettivi di sviluppo concordati a livello internazionale, compresi i *Millenium Development Goals*¹⁰ individuati dall'Assemblea generale dell'ONU.¹¹ Sicché, è comune l'obiettivo di promuovere la diversità culturale e il dialogo interculturale, nonché quello di fare della cultura e dell'istruzione un vettore per lo sviluppo umano, sociale ed economico,¹² così come sono altrettanto condivisi l'obiettivo di sostenere la scienza, la tecnologia e l'innovazione a vantaggio di uno sviluppo inclusivo e sostenibile¹³ e quello di conseguire la gestione integrata degli oceani.¹⁴

Quanto alle aree nelle quali devono rafforzarsi il dialogo e la cooperazione tra l'UNESCO e l'UE, il *MoU 2012* richiama l'educazione e la cultura, i *media*, dei quali è riconosciuta l'importanza come leve per l'istruzione e il miglioramento

⁵ *Memorandum of Understanding concerning the establishment of a partnership between the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation Secretariat and its subsidiary bodies and the European Union*, Parigi, 8 ottobre 2012.

⁶ *MoU 2012*, preambolo e punti 1, 11, 13, 22-27.

⁷ *Ibidem*, punto 3.

⁸ Cfr. art. 1 della Costituzione UNESCO e art. 3, co. 1, TUE.

⁹ Cfr., ad esempio, il preambolo del *Memorandum of Understanding between the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization and the Economic Co-operation Organization* del 1995 e altresì il preambolo del *Memorandum of Understanding between the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)* del 2005.

¹⁰ *MoU 2012*, punto 4.

¹¹ UN General Assembly resolution 55 (2000), 18 September 2000.

¹² *MoU 2012*, punti 5, 6 e 7.

¹³ *Ibidem*, punti 8 e 9.

¹⁴ *Ibidem*, punto 10.

sociale,¹⁵ la scienza, la tecnologia e l'innovazione (anche sotto il profilo etico e bioetico), la politica marittima integrata, nonché i diritti umani, con particolare riguardo alla libertà di espressione.¹⁶ Trattasi di ambiti materiali di competenza delle due organizzazioni, nei quali la rafforzata cooperazione potrà senz'altro portare a risultati rilevanti. Si deve, però, notare la vistosa assenza della conservazione e della salvaguardia del patrimonio culturale, attività principe dell'UNESCO e prevista dall'art. 167, par. 2, TFUE (nonché, come vedremo, apprestata nell'ambito della disciplina del mercato unico), che parimenti ci si sarebbe attesi di rilevare tra le aree di dialogo. Ad ogni modo, l'accresciuta cooperazione tra i due enti consentirà di migliorare le loro attività individuali e comuni,¹⁷ anche grazie alla migliore definizione delle modalità di lavoro congiunte e di quelle di informazione e consultazione.¹⁸ Infine, merita evidenziare che il *memorandum* indica la cooperazione a favore dei paesi in via di sviluppo come priorità del partenariato, così ponendo un accento preciso, forse limitativo, sulla collaborazione tra i due enti internazionali.¹⁹

Nel complesso, il *MoU 2012* pare fissare un quadro generale di cooperazione nel cui alveo sarà possibile avviare più specifiche attività congiunte e concordate, a integrazione della già ampia *partnership* intercorrente tra le due organizzazioni. Ne dà conferma, ad esempio, il documento approvato il 3 settembre 2016 dal Comitato esecutivo dell'UNESCO in relazione al *follow-up* delle decisioni e delle risoluzioni adottate nella sessione di lavoro precedente. Infatti, dopo aver precisato che la stipula del *MoU 2012* “has resulted in a significant increase in the level of cooperation at the programmatic, financial and political levels”,²⁰ il documento dà minuziosamente conto del significativo apporto finanziario dell'UE, con particolare riguardo al sostegno ai progetti UNESCO, nonché della maggiore consultazione reciproca, ad esempio in sede di adozione di atti di diritto derivato dell'UE e nella partecipazione a eventi di comune interesse.

Ciò detto, si deve sottolineare che, nonostante l'ambizioso obiettivo di fortificare la risalente cooperazione tra i due enti, il *memorandum* è un atto privo di valore giuridico vincolante, affermando esso stesso che “(it) does not create rights or obligations under international law nor commit either partner financially”.²¹

In effetti, che non sia un trattato internazionale parrebbe confermato dalla circostanza che il *MoU 2012* sia stato firmato – dal Direttore generale dell'UNESCO e, per l'UE, dal Commissario per lo sviluppo e dall'Alto Rappresentante – ma non formalmente confermato dalle due organizzazioni.²²

¹⁵ *Ibidem*, punto 7.

¹⁶ *Ibidem*, punto 20.

¹⁷ *Ibidem*, punti 2, 13 e 17.

¹⁸ *Ibidem*, punti 21 ss.

¹⁹ *Ibidem*, punto 16.

²⁰ UNESCO Executive Board, *Follow-up to decisions and resolutions adopted by the Executive Board and the General Conference at their previous sessions. Part III – Management Issues. Unesco-European Union Strategic Partnership, Paris, 9 September 2016*, punto 5.

²¹ *MoU 2012*, punto 15.

²² Cfr. gli artt. 11 e 14 della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati conclusi tra Stati e organizzazioni internazionali e tra organizzazioni internazionali.

Inoltre, sul piano della competenza a stipulare, è vero che, come diremo a breve, il Direttore generale dell'UNESCO può stringere relazioni con organizzazioni e istituzioni i cui scopi e le attività sono in armonia con quelle dell'UNESCO e, a tal fine, può concludere accordi; ciò, però, deve avvenire sotto l'autorità del Consiglio esecutivo, il quale approva detti patti,²³ tra i quali non figura il *MoU 2012*. Quanto all'UE, non risulta che la conclusione del *memorandum* sia avvenuta conformemente alla procedura prevista dall'art. 218 TFUE, che, come noto, stabilisce l'*iter* di stipula degli accordi internazionali da parte dell'Unione. Né si può ritenere che il *MoU 2012* sia un accordo in forma semplificata, atteso che dal testo non emerge la volontà delle parti di attribuire alla firma tale effetto, né la stessa può ricavarsi dagli altri elementi previsti dal diritto internazionale dei trattati.²⁴ Peraltro, va segnalato che, ancora una volta, tale circostanza distingue il *MoU 2012* dai *memoranda* conclusi dall'UNESCO con altri enti internazionali, i quali sono provvisti di forza giuridica vincolante, anche quando sono stati conclusi in forma semplificata.²⁵

Infine – al netto di quanto appena affermato sulla natura giuridica del *MoU 2012* – colpisce la circostanza che, con riguardo all'UE, esso sia stato firmato dal Commissario per lo sviluppo e dall'Alto Rappresentante, e non anche da altri commissari che, ugualmente facenti parte della Commissione Barroso II, avrebbero avuto una competenza *ratione materiae*, ad esempio il Commissario per l'istruzione, la cultura, il multilinguismo e la gioventù o l'omologo col portafogli alla ricerca, all'innovazione e alla scienza. Peraltro, la firma del Commissario per lo sviluppo appare giustificata unicamente dalla priorità assegnata alla cooperazione allo sviluppo,²⁶ che riguarda una parte delle azioni da intraprendere, mentre la partecipazione dell'Alto Rappresentante va letta alla luce del suo ruolo di Vicepresidente della Commissione avente il compito di coordinare le politiche esterne dell'UE e quelle interne aventi riflessi esterni,²⁷ e non certamente per la sua competenza nell'ambito della Politica estera e di sicurezza comune. Ciò detto, ci permettiamo di aggiungere che un atto di tale respiro programmatico avrebbe

²³ Art. XI, co. 2, Costituzione UNESCO.

²⁴ Cfr. l'art. 12 della citata Convenzione di Vienna del 1986. Peraltro, a tale conclusione si giunge anche ripercorrendo, rispetto al *MoU 2012*, il ragionamento condotto dall'avvocato generale Tesauro nelle conclusioni della causa C-327/91, riguardante un accordo internazionale in materia di concorrenza, stipulato dalla Commissione con gli USA (C-327/91, conclusioni dell'avvocato generale del 16 dicembre 1993, *Francia c. Commissione*, ECLI:EU:C:1993:941, punti 18 ss.). Merita evidenziare il seguente passaggio del parere (punto 22): "... il diritto internazionale conosce gli accordi vincolanti e - a voler tutto concedere - la singolare categoria degli accordi non vincolanti, qualificati in modo vario e colorito, ma che possono ricondursi essenzialmente a due ipotesi: "gentlemen's agreements", che talvolta possono rivestire un alto valore politico ed essere addirittura assistiti da un meccanismo di controllo internazionale quanto alla loro osservanza, oppure "intese" destinate a consolidare degli orientamenti, delle linee di condotta in determinati settori, ma sforate di qualsivoglia valore giuridico, come peraltro risulta spesso dalla esplicita volontà delle parti [corsivo aggiunto]".

²⁵ Cfr., ad esempio, l'art. VIII del già citato *MoU* tra l'UNESCO e il COMESA e, con specifico riguardo alla forma semplificata, l'art. VIII del *Memorandum of Understanding between the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization and the Economic Co-operation Organization* del 1995.

²⁶ *MoU 2012*, punto 16.

²⁷ Art. 18, co. 4, TUE.

richiesto, per l'UE, quantomeno la firma del Presidente della Commissione.

3. I rapporti tra i due enti internazionali quali manifestazioni delle loro relazioni esterne

Se si inquadra la cooperazione *de qua* sotto la lente del diritto delle organizzazioni internazionali, viene in luce come essa altro non sia che una manifestazione delle relazioni esterne sia dell'UNESCO che dell'UE.

Trattasi di relazioni esterne che travalicano le manifestazioni tradizionali che accomunano le organizzazioni internazionali e che, dunque, anche l'UNESCO e l'UE esercitano. Manifestazioni che, come evidenziato da autorevole dottrina, constano di un ventaglio minimo di capacità che gli enti creati da Stati esercitano abitualmente nella vita di relazione internazionale.²⁸ Tra le principali, si segnalano il *treaty-making power*, cui è fatto ricorso quantomeno per la stipula degli accordi di sede o degli accordi relativi all'ingresso di nuovi membri,²⁹ il diritto di legazione, il cui esercizio consente il mantenimento di relazioni amichevoli attraverso l'invio e la ricezione di rappresentanze, inviati o rappresentanti speciali,³⁰ e la partecipazione ai meccanismi di risoluzione delle controversie, che viene in rilievo qualora detti enti siano parte di un conflitto o offrano i loro uffici per facilitarne la soluzione.³¹

Oltre alle manifestazioni tradizionali, le relazioni esterne dell'UNESCO e dell'UE rivestono anche un contenuto materiale. Tale ipotesi ricorre quando un ente creato da Stati possiede delle competenze esterne attribuite dal trattato istitutivo o, in taluni e specifici casi, derivanti da sviluppi successivi,³² il cui esercizio e ampiezza, in ossequio al principio funzionale, sono finalizzati al raggiungimento degli obiettivi assegnatigli. Qualora l'esercizio di relazioni esterne di tipo materiale porti due o più enti internazionali a stabilire delle forme di cooperazione, ciò deve avvenire in ragione della convergenza di valori, obiettivi e competenze attribuite nella prospettiva di dar vita ad attività di interesse comune. Ebbene, non solo le relazioni esterne dell'UNESCO e dell'UE rispondono al principio funzionale, avendo esse una competenza attribuita in materia di cultura, ma la cooperazione avviata si fonda e si realizza, in estrema sintesi, nel comune obiettivo di proteggere il patrimonio culturale e di promuovere le sue diverse forme espressive.

Infatti, la promozione e la protezione della cultura – declinata nei cinque *programme sectors* su educazione, scienze naturali, scienze umane e sociali, nonché

²⁸ Cfr. U. Draetta, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 2010, p. 135 ss.

²⁹ Cfr. T. Rensmann, *International Organizations or Institutions, External Relations and Co-operation*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, March 2009, *ad vocem*.

³⁰ Cfr. C. Zanghì, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2013, p. 408 ss.

³¹ Cfr. R. Virzo, *Le organizzazioni internazionali e la soluzione delle controversie*, in A. Del Vecchio (a cura di), *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, p. 357 ss.

³² Cfr. N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2014, in particolare il capitolo III, con riguardo alle attività di *peace-keeping* della NATO.

cultura “in senso stretto”³³ – è la competenza dell'UNESCO, la quale, come anticipato, intende rafforzare la cooperazione internazionale in tale ambito, al fine di contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.³⁴ Allo stesso fine, l'Organizzazione a vocazione universale svolge anche una funzione di *standard-setting*, atta a fissare norme e principi in materia di protezione culturale attraverso l'adozione, da parte dell'organo assembleare – la Conferenza generale dell'UNESCO – di convenzioni (soggette a ratifica, accettazione o adesione degli Stati parti) e/o di raccomandazioni.³⁵

Quanto all'UE, la competenza in materia culturale va apprezzata sotto diversi profili. In primo luogo, la cultura figura tra gli obiettivi dell'Unione, comprendendo essi il rispetto della diversità culturale e linguistica, nonché la salvaguardia e lo sviluppo del patrimonio culturale europeo.³⁶ Inoltre, il profilo culturale assume una valenza trasversale nell'ordinamento dell'UE, dato che essa tiene conto degli aspetti culturali nella conduzione delle sue politiche, in particolare al fine di rispettare e promuovere la diversità culturale.³⁷ Un esempio di tale trasversalità è offerto dall'art. 107, par. 3, lett. d), TFUE, per il quale gli aiuti di Stato destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio culturale possono essere considerati compatibili con il mercato interno se non alterano le condizioni degli scambi e della concorrenza in misura contraria all'interesse comune.

La cultura è altresì una competenza attribuita dell'UE, in particolare appartenente alla *species* delle competenze di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione degli Stati membri *ex* art. 6 TFUE. La relativa disciplina risiede nell'art. 167 TFUE, secondo cui l'UE contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle diversità nazionali e regionali, evidenziando al contempo il retaggio culturale comune europeo. A tal fine, è incoraggiata la cooperazione tra gli Stati membri e, se necessario, l'UE appoggia e integra la loro azione in alcuni settori, tra cui, ad esempio, la conservazione e la salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea. Qualora l'UE agisca con propri atti, il Parlamento e il Consiglio adottano, con procedura legislativa ordinaria, delle azioni di incentivazione, che non possono comunque condurre all'armonizzazione delle disposizioni legislative e

³³ Cfr. R. Bank, F. Foltz, *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, August 2010, *ad vocem*.

³⁴ Art. I della Costituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, le Scienze e la Cultura, Londra, 16 novembre 1945 (Costituzione UNESCO).

³⁵ *Ibidem*, art. IV. In dottrina, cfr. R. Bank, F. Foltz, *op. cit.*

³⁶ Cfr. art. 3, co. 3, TUE. Tale obiettivo è confermato dall'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali sulla diversità culturale, religiosa e linguistica, che è stato “ispirato” dalla norma TUE [così le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), sulle quali cfr. N. Lazzarini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 39 ss.]. Cfr. inoltre l'art. 13 della stessa Carta, in relazione alla libertà delle arti e della ricerca scientifica.

³⁷ Cfr. art. 167, par. 4, TFUE. Tale trasversalità non è, invece, contemplata dalle disposizioni di applicazione generale *ex* artt. da 7 a 17 TFUE, dedicate ai principi e ai criteri di applicazione orizzontale validi per tutte le politiche dell'UE.

regolamentari nazionali. In materia, il Consiglio può anche adottare delle raccomandazioni. L'attuazione dell'art. 167 TFUE ha portato all'adozione di noti programmi d'azione quali, ad esempio, "Europa creativa"³⁸ e "Capitali europee della cultura".³⁹ Appare, però, piuttosto chiaro il carattere programmatico della norma,⁴⁰ dunque la tenuità di tale competenza rispetto ad altre politiche dell'UE, nelle quali la cultura ha ricevuto una maggiore protezione, pur non costituendone l'aspetto principale, come nel caso, già citato e sul quale torneremo, della disciplina del mercato unico.⁴¹

Infine, la cultura informa le relazioni esterne dell'UE. In primo luogo, come vedremo, l'UE ha aderito alla Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005, vincolandosi sul piano internazionale a tutelare le varie forme espressive della cultura. Inoltre, pur non essendo tra gli ambiti materiali elencati nell'art. 21 TUE, la cultura presenta – come altre politiche interne, ad esempio l'ambiente, l'agricoltura o i trasporti – dei riflessi esterni che comportano la sua partecipazione *latu sensu* alla formazione dell'azione esterna dell'UE. Infine, l'integrazione degli aspetti culturali nelle relazioni esterne è altresì il frutto di indicazioni contenute in alcuni documenti di indirizzo quali, ad esempio, l'Agenda europea per la cultura del 22 maggio 2018⁴² o le conclusioni del Consiglio sul piano di lavoro per la cultura 2019-2022,⁴³ oltre che un effetto dell'adozione del multilateralismo effettivo – inteso come sistema di strumenti della *governance* globale avente come fulcro l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) e le sue agenzie specializzate, tra cui l'UNESCO – quale principio guida dell'azione esterna dell'UE.⁴⁴

Quanto, invece, agli aspetti istituzionali della cooperazione tra l'UNESCO e l'UE, alcune norme dei rispettivi ordinamenti interni sono espressamente dedicate alle relazioni con altri enti internazionali.

Per l'UNESCO, due disposizioni del suo trattato istitutivo riguardano le relazioni esterne. Da una parte, l'art. X dispone che essa sia legata all'ONU, cui si

³⁸ Regolamento (UE) n. 1295/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, che istituisce il programma Europa creativa (2014-2020) e che abroga le decisioni n. 1718/2006/CE, n. 1855/2006/CE e n. 1041/2009/CE, GU L 347 del 20 dicembre 2013.

³⁹ Decisione n. 445/2014/UE del Parlamento e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce un'azione dell'Unione «Capitali europee della cultura» per gli anni dal 2020 al 2033 e che abroga la decisione n. 1622/2006/CE, GU L 132 del 3 maggio 2014. In dottrina, cfr. R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 739.

⁴⁰ Così M. Frigo, *Beni culturali e diritto dell'Unione europea*, in L. De Gregorio (a cura di), *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2012, p. 245.

⁴¹ *Infra*, § 5.3.

⁴² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una nuova agenda europea per la cultura*, SWD(2018) 167 final.

⁴³ Conclusioni del Consiglio sul piano di lavoro per la cultura 2019-2022 del 27 novembre 2018 (2018/C 460/10), GU C 460 del 21 dicembre 2018.

⁴⁴ Cfr. l'art. 21, co. 1, TUE, secondo cui "L'Unione ... promuove soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite" e la nota Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *L'Unione europea e le Nazioni Unite: la scelta del multilateralismo*, COM/2003/0526 def., in particolare p. 3 e p. 8 ss.

è affiliata con la stipula di un “accordo di collegamento”,⁴⁵ anche se – è bene precisarlo – oggi l'UNESCO si coordina con l'intera *UN Family*, dunque con tutti gli istituti specializzati. Dall'altra, il successivo art. XI prevede che essa tenga relazioni con altre organizzazioni e istituzioni internazionali “whose interests and activities are related to its purposes”. A tal fine, il Direttore generale può stringere con tali enti internazionali le relazioni utili ad avviare una cooperazione efficace, anche di natura finanziaria, fermo restando che, come già evidenziato, la stipula di accordi internazionali spetta al Consiglio esecutivo dell'Organizzazione. Inoltre, lo stesso art. XI prevede espressamente che l'UNESCO partecipi all'attività di altri enti internazionali, potendo essa “make appropriate arrangements with other intergovernmental organizations for reciprocal representation at meetings”.

Rispetto all'UE, alcune disposizioni primarie sono dedicate ai rapporti con altre organizzazioni internazionali. Ci si riferisce all'art. 220 TFUE, il quale, in via generale, prevede che l'UE attivi ogni utile forma di cooperazione con l'ONU e i suoi istituti specializzati (compresa l'UNESCO) e le altre organizzazioni internazionali,⁴⁶ nonché ad alcune disposizioni che prevedono l'avvio di collaborazioni specifiche.⁴⁷ Tra queste, si può menzionare lo stesso art. 167 TFUE, il cui par. 3 riguarda la cooperazione tra l'UE e i suoi Stati membri con gli Stati terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia culturale, tra cui va chiaramente inclusa l'UNESCO. Quanto agli strumenti della cooperazione, si rammenta l'art. 216 TFUE, il quale prevede che l'UE possa concludere accordi internazionali anche con tali enti, quando ciò sia previsto dai trattati, qualora la stipula sia necessaria nell'ambito delle politiche dell'UE per realizzare uno dei suoi obiettivi, se essa sia prevista in un atto giuridico vincolante o, infine, nell'ipotesi che possa incidere su norme comuni o alterarne la portata.

4. La partecipazione diretta di ciascun ente ai lavori dell'altro

Venendo alle forme di partecipazione diretta di un ente alle attività dell'altro, è necessario premettere che né UNESCO è parte dell'UE, né vale il contrario. In entrambi i casi, il trattato istitutivo consente la *membership* ai soli Stati,⁴⁸ che nel caso dell'UE devono essere “europei”.⁴⁹

Pertanto, la partecipazione formale di un ente ai lavori dell'altro si è realizzata attraverso altre modalità, tra cui l'esercizio delle prerogative connesse

⁴⁵ Su tali accordi, cfr. B. Conforti, C. Focarelli, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2015, p. 409 ss.; C. Zanghì, op. cit., p. 406 ss.; S. Marchisio, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2012, p. 313 ss.

⁴⁶ Per un commento, cfr. E. Baroncini, *Articolo 220 TFUE*, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea* Padova, 2014, p. 220 ss.; P. Palchetti, *Articolo 220 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1818 ss. Cfr. altresì R. Adam, A. Tizzano, op. cit., p. 842.

⁴⁷ Ad esempio, cfr. artt. 180 e 191 TFUE.

⁴⁸ Art. II della Costituzione UNESCO. Invero, la norma consente la *membership* anche ai “(t)erritories or groups of territories which are not responsible for the conduct of their international relations”, con chiaro (e oramai anacronistico) riferimento ai territori posti sotto amministrazione fiduciaria.

⁴⁹ Art. 49 TUE.

allo *status* di osservatore. Presso l'UNESCO, l'ammissione di enti creati da Stati quali osservatori è regolata dall'art IV.E del trattato istitutivo, secondo cui sono ammessi ai lavori della Conferenza generale i rappresentanti degli enti internazionali che abbiano concluso un accordo di rappresentanza con l'Organizzazione a vocazione universale e, in sua assenza, i rappresentanti delle organizzazioni aventi competenza in materia culturale e invitati dallo stesso organo assembleare, su proposta del Comitato esecutivo. Naturalmente, trattasi di una partecipazione senza diritto di voto, mentre il diritto di intervento in seduta è consentito previa approvazione della presidenza della Conferenza generale.

L'UE (prima, la CE) possiede uno *status* rafforzato di osservatore presso l'UNESCO,⁵⁰ che, oltre a comprendere le capacità d'azione di norma concesse agli osservatori tradizionali (diritto di intervento, di replica e di circolazione della documentazione negli organi dell'ente ospitante), le ha permesso di partecipare attivamente ai negoziati per la stipula della convenzione del 2005 sulla diversità delle espressioni culturali. Infatti, il Consiglio esecutivo dell'UNESCO decise di invitare “on an exceptional basis, the European Community, while maintaining its observer status, to participate actively and as fully as appropriate in the work of the intergovernmental meeting of experts” che stava predisponendo la seconda bozza di convenzione.⁵¹ Come vedremo, tale eccezionale possibilità ha consentito alla CE di ottenere l'inserimento, nella convenzione del 2005, della clausola sull'adesione da parte delle *Regional and International Organisation (REIO clause)*.

Un'altra e rilevante forma di partecipazione diretta di ciascun ente ai lavori dell'altro si realizza attraverso l'esercizio del diritto di legazione, sia attivo che passivo. Infatti, al fine di seguire e partecipare con regolarità ai lavori dell'UNESCO, l'UE ha aperto una propria delegazione a Parigi, che presidia i rapporti bilaterali con l'Organizzazione a vocazione universale, oltre che con l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico e i principati di Andorra e Monaco. Per sua parte, l'UNESCO ha aperto un proprio Ufficio di Rappresentanza a Bruxelles, col fine di rafforzare le relazioni con le istituzioni europee, di realizzare una più stretta cooperazione e un più immediato coordinamento su aspetti di interesse comune e, infine, di incrementare la sua

⁵⁰ È, questa, una delle modalità attraverso cui l'UE partecipa ad altri enti internazionali, oltre allo *status* di membro (es., alla FAO), anche fondatore (es., nell'OMC). L'UE è osservatore presso numerose organizzazioni e conferenze internazionali, come, ad esempio, l'ONU (*rectius*, all'Assemblea generale), l'ILO, l'OMS, l'IAEA, l'IMO, l'UNCTAD, l'UNDP o il WFP. In dottrina, cfr. Z. Gálik, *The EU and International Organisations*, in Z. Gálik, A. Molnár (eds.), *Regional and bilateral relations of the European Union*, Budapest, 2019, p. 209 ss.; G. De Baere, *EU Status in Other International Organizations*, in R. Schütze, T. Tridimas (eds.), *Oxford principles of European Union law*, Oxford, 2018, p. 1234 ss.; P. J. Kuijper et al., *The law of EU external relations: cases, materials, and commentary on the EU as an international legal actor*, Oxford, 2015, p. 169 ss.; P. Palchetti, op. cit., p. 1825; B. Van Vooren, R. A. Wessel, *EU external relations law: text, cases and materials*, Cambridge, 2014, p. 246 ss.; E. Baroncini, *Il treaty-making power*, cit., p. 30 ss. Sullo *status* rafforzato di osservatore presso l'Assemblea generale dell'ONU, ci si permette di rinviare a L. Paladini, *L'Unione europea all'Assemblea generale dell'ONU: un vecchio osservatore con nuovi poteri?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, vol. I, p. 85 ss.

⁵¹ UNESCO Executive Board, *Participation of the European Community in the intergovernmental meeting of experts (category II) on the preliminary draft convention on the protection of the diversity of cultural contents and artistic expressions*, (171 EX/47 and Add; 171 EX/62).

visibilità a livello europeo. Tale forma di rappresentanza assume una particolare importanza per l'UNESCO, atteso che presso l'UE non è prevista l'ammissione di osservatori, dunque l'Organizzazione a vocazione universale non possiede tale *status* a Bruxelles.

4.1. L'adesione della CEE/CE alle convenzioni UNESCO

La partecipazione diretta alle attività dell'UNESCO si è concretizzata anche attraverso l'adesione della CEE/CE ad alcune convenzioni di *standard-setting* stipulate nell'ambito dell'Organizzazione a vocazione universale, cui oggi è vincolata l'UE in via successoria.⁵²

Naturalmente, tale adesione ha trovato fondamento nelle competenze attribuite dai trattati, *in primis* nella competenza in materia di mercato. Così è stato nel 1979, quando la CEE ha aderito al Protocollo del 1976 all'Accordo UNESCO per l'importazione di oggetti a carattere educativo, scientifico o culturale del 1950.⁵³ Il Protocollo estende la franchigia dai dazi doganali a beni (es., il materiale visivo e auditivo, gli apparecchi scientifici, gli strumenti musicali *et cetera*) non inizialmente contemplati dall'accordo del 1950, il quale introduceva tale beneficio per i mezzi "tradizionali" di trasmissione culturale, cioè i libri, le pubblicazioni e gli oggetti a carattere educativo, scientifico o culturale, al fine di promuoverne la libera circolazione. È l'art. VIII dello stesso Protocollo a prevedere la possibilità che le unioni doganali ed economiche vi aderiscano secondo competenza, purché anche i loro Stati membri siano parti dello stesso strumento, aggiungendo che esse dovranno applicare anche le previsioni contenute nell'accordo del 1950. Infatti, la norma *de qua* afferma che "It is understood that, in becoming a Contracting Party to this protocol, such customs or economic unions will also apply the provisions of the Agreement on the same basis as is provided in the preceding paragraph with respect to the protocol", nonostante gli enti creati da Stati non possano aderirvi.⁵⁴ Sul punto, si noti che la Commissione tentò di partecipare ai negoziati per proporre delle modifiche al Protocollo del 1976, ma ciò non fu consentito, dunque furono gli Stati membri, per voce della presidenza di turno della CE, a esprimere il punto di vista comunitario sul testo, ivi compreso l'obbligo di dare attuazione al presupposto accordo del 1950.⁵⁵

Invece, la CE partecipò, a fianco dei suoi Stati membri, ai negoziati relativi alla stipula della convenzione del 2005 sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali.⁵⁶ Si ricorderà che tale partecipazione aveva

⁵² Sul punto, cfr. R. Adam, A. Tizzano, op. cit., p. 32.

⁵³ Decisione 79/505/CEE del Consiglio dell'8 maggio 1979 sulla stipulazione del protocollo da allegare all'accordo per l'importazione di oggetti a carattere educativo, scientifico o culturale, GU L 134 del 31 maggio 1979.

⁵⁴ Infatti, l'art. IX dell'accordo del 1950 prevede che esso sia "... open for signature by all Member States of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, all Member States of the United Nations and any non-member State to which an invitation may have been addressed by the Executive Board ...".

⁵⁵ Cfr. G. Butler, op. cit., p. 155 ss.

⁵⁶ Tale partecipazione congiunta fu esercitata *pro quota* dalla Commissione e dalla presidenza di turno, ciascuna in ragione della competenza sulla singola questione da affrontare, nonché

consentito alla Comunità di proporre, per poi ottenere, l'inserimento della *REIO clause* nella convenzione, in base alla quale le organizzazioni regionali di integrazione economica possono aderire al trattato *de quo* a fianco dei suoi Stati membri, indicando, all'atto dell'adesione, le materie di loro competenza. Nonostante anche altre organizzazioni internazionali parteciparono ai negoziati,⁵⁷ la *REIO clause* fu inizialmente concepita per consentire l'adesione da parte della CE,⁵⁸ restando oggi l'Unione – è bene evidenziarlo – l'unico ente internazionale a essere vincolato dalla convenzione del 2005.⁵⁹

La decisione che autorizzava l'adesione *ratione materiae* a tale convenzione trovò fondamento negli artt. 133 (politica commerciale comune), 151 (politica della cultura), 181 (cooperazione allo sviluppo) e 181 A (cooperazione economica, finanziaria e tecnica con Paesi terzi) TCE in combinato disposto con l'art. 300 TCE, norma che ha disciplinato il *treaty-making power* della CE fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.⁶⁰ Come si legge nella relazione della Commissione, l'adesione è coerente anche con gli obiettivi del completamento del mercato interno, in particolare la proprietà intellettuale, la politica audiovisiva e della società dell'informazione, nonché con l'art. 22 ("diversità culturale") dell'allora proclamata Carta dei diritti fondamentali. È il contenuto della convenzione UNESCO ad aver determinato la base giuridica composita della decisione *de qua*, dunque la rispondenza dell'adesione al conseguimento di più obiettivi comunitari, elementi che, nel complesso, danno conto del superamento dell'impostazione unicamente economica che aveva fondato l'adesione al Protocollo del 1976. Infatti, la citata relazione rammenta che l'UE (*sic*, nel testo) ha riconosciuto da tempo la doppia natura, culturale ed economica, dei beni e dei servizi culturali e ha previsto che si tenga conto degli aspetti culturali in ogni ambito dell'azione comunitaria, aggiungendo che, grazie alla partecipazione alla convenzione del 2005, la Comunità può contribuire, ad esempio, a garantire la protezione e la promozione

sulla base di un *code of conduct*, così fornendo, in seno al negoziato, un esempio di efficace coordinamento ai fini dell'unità della rappresentanza internazionale della CE. Sul punto, cfr. S. von Schorlemer, *Introduction*, in S. von Schorlemer, P.-T. Stoll (eds.), *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes*, Berlin-Heidelberg, 2012, p. 12; V. Mainetti, *Diversità culturale e cooperazione culturale internazionale alla luce dell'azione normativa dell'UNESCO*, in G. Cataldi, V. Grado (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture: XVIII Convegno SIDI. Napoli, 13 e 14 giugno 2013*, Napoli, 2014, in particolare p. 426 ss.; infine, D. Ferri, *EU Participation in the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Some Constitutional Remarks*, in *European Diversity and Autonomy Papers*, 2005, in particolare p. 21 ss.

⁵⁷ Cfr. S. von Schorlemer, op. cit., p. 7 ss.

⁵⁸ Così A. Eikermann, J. Jüring, *Article 27. Accession*, in S. von Schorlemer, P.-T. Stoll (eds.), *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes*, Berlin-Heidelberg, 2012, p. 642.

⁵⁹ Si segnala che, sulla base di clausole analoghe, l'UE è parte di diversi trattati internazionali, per una rassegna dei quali cfr. Servizio europeo per l'azione esterna, *Inventory Of Agreements Containing The Regional And International Organisation (Reio) Clause*, 2019, disponibile on line ec.europa.eu/world/agreements/ClauseTreatiesPDFGeneratorAction.do?clauseID=30

⁶⁰ Decisione del Consiglio del 18 maggio 2006 relativa alla conclusione della convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, GU L 201 del 25 luglio 2006.

della diversità culturale attraverso la cooperazione internazionale, in particolare con i Paesi in via di sviluppo.⁶¹

Anche gli Stati membri dell'UE sono parti del Protocollo del 1976 e della convenzione del 2005, chiaramente in ragione degli aspetti di loro competenza nei settori interessati dai due strumenti pattizi. Trattasi, pertanto, di due ipotesi di accordi misti, cioè di trattati internazionali stipulati sia dall'UE che dagli Stati membri, poiché vertenti su materie rientranti in parte nella competenza dell'una e in parte in quella degli altri. In tali ipotesi, la responsabilità di dare attuazione agli obblighi contratti sul piano internazionale è determinata dalla suddivisione dei poteri tra l'UE e gli Stati membri nella materia o nelle materie regolate dal trattato stipulato in forma mista. Ebbene, come ebbe modo di precisare la Corte di giustizia nel 1978, mentre alle altre Parti contraenti va comunicato che esiste una ripartizione di poteri, come essa si articola, dunque il preciso carattere di tale suddivisione, è una questione interna nella quale gli Stati terzi non devono intervenire.⁶² Inoltre, come affermato dagli stessi giudici del Lussemburgo, l'attuazione dell'accordo misto è un aspetto che “dovrà essere risolto in base agli stessi principi che governano la ripartizione dei poteri ai fini della negoziazione e della stipulazione della convenzione. Una volta che questa sia entrata in vigore, la sua applicazione implicherà una stretta collaborazione fra gli organi della Comunità e gli Stati membri”.⁶³

Invece, come risulta dal repertorio delle convenzioni UNESCO, l'UE non è parte della Convenzione sul riconoscimento delle qualifiche relative all'insegnamento superiore nella regione europea del 1997, nonostante l'art. XI.3, co. 3, preveda la possibilità che “(a)fter the entry into force of this Convention the European Community may accede to it following a request by its member states, which shall be addressed to one of the depositaries”. Tale convenzione UNESCO è stata redatta congiuntamente (dunque, è identica) alla convenzione n. 165 del Consiglio d'Europa, della quale parimenti l'UE non è parte, come risulta dal relativo stato delle firme e delle ratifiche.⁶⁴ Le due convenzioni, note anche come *Lisbon Recognition Conventions* (1997), hanno posto le basi dell'armonizzazione dei titoli di studio a livello europeo, successivamente ripresa e sviluppata nell'ambito del “Processo di Bologna”. Ciò detto, la materia era di certo interesse comunitario e, oggi, dell'UE, atteso che il mutuo riconoscimento dei titoli di studio è una

⁶¹ Proposta di Decisione del Consiglio relativa alla conclusione della Convenzione dell'UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, Bruxelles, 21.12.2005, COM(2005) 678 def.

⁶² Deliberazione 1/78, del 14 novembre 1978, *Progetto di convenzione dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica sulla protezione delle materie, degli impianti e dei trasporti nucleari* ECLI:EU:C:1978:202, punto 35. Tale indicazione giurisprudenziale ha in parte trovato corrispondenza nell'art. 27 della convenzione del 2005, secondo cui la “distribution of responsibilities” tra l'ambito d'azione delle REIO aderenti e quello dei suoi Stati membri dev'essere comunicata all'UNESCO e alle altre Parti contraenti, aggiungendo che ciò deve avvenire sia al momento dell'adesione, sia ogni qual volta intervenga una variazione.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Consiglio d'Europa, *Chart of signatures and ratifications of Treaty 165 “Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region”*, aggiornamento al 26 settembre 2019.

condizione essenziale per il funzionamento del mercato comune – si pensi alla libera circolazione delle persone e dei servizi – tanto che non solo è stata adottata una normativa dedicata al riconoscimento delle qualifiche professionali,⁶⁵ ma la Commissione ha lanciato iniziative specifiche in materia (ad esempio, il noto programma Erasmus) e le altre istituzioni sono più volte intervenute con atti esortativi nei confronti degli Stati membri. Da ultimo il Consiglio, che in una recente raccomandazione, preso atto che “(l)a Convenzione sul riconoscimento dei titoli di studio relativi all’insegnamento superiore nella regione europea ... elaborata dal Consiglio d’Europa e dall’Unesco e adottata nel 1997, fornisce ... un quadro giuridico per il riconoscimento dei titoli di studio dell’istruzione superiore e dell’istruzione secondaria superiore che danno accesso all’istruzione superiore”, ha invitato gli Stati membri a realizzare, entro il 2025, l’obiettivo del reciproco e automatico riconoscimento dei titoli d’istruzione superiore e della formazione secondaria superiore, nonché dei periodi di studio all’estero.⁶⁶

Infine, *pro futuro*, cioè rispetto alla conclusione delle convenzioni che saranno stipulate nell’ambito dell’UNESCO,⁶⁷ è auspicabile che nei relativi articolati sia inserita una *REIO clause* o una clausola riguardante le organizzazioni internazionali competenti, al fine di consentire loro, compresa l’UE, di aderirvi per quanto di loro competenza *ratione materiae*.⁶⁸

⁶⁵ Cfr., ad esempio, la recente direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in GU L 255 del 30 settembre 2005.

⁶⁶ Considerando 4° della raccomandazione del Consiglio, del 26 novembre 2018, sulla promozione del riconoscimento reciproco automatico dei titoli dell’istruzione superiore e dell’istruzione e della formazione secondaria superiore e dei risultati dei periodi di studio all’estero, GU C 444 del 10 dicembre 2018.

⁶⁷ Infatti, dopo la convenzione del 2005, in ambito UNESCO sono state concluse tre convenzioni di respiro regionale non europeo, rispetto alle quali, dunque, non si pone la questione dell’adesione dell’UE. Trattasi della *Regional Convention on the Recognition of Studies, Diplomas and Degrees in Higher Education in Latin America and the Caribbean 2019*, firmata a Buenos Aires il 13 luglio 2019, della *Revised Convention on the Recognition of Studies, Certificates, Diplomas, Degrees and Other Academic Qualifications in Higher Education in African States 2014*, fatta ad Addis Ababa il 12 dicembre 2014 e, infine, della *Asia-Pacific Regional Convention on the Recognition of Qualifications in Higher Education 2011*, conclusa a Tokyo il 26 novembre 2011.

⁶⁸ Va detto che non è sempre immediato comprendere quando la stipula di un accordo internazionale compete all’UE e in che misura, cioè se autonomamente o congiuntamente agli Stati membri. È il caso, ad esempio, del trattato di Marrakech del 2013, la cui competenza esclusiva dell’UE a stipularlo è stata letteralmente ricostruita dalla Corte di giustizia nel parere 3/15 del 14 febbraio 2017, *Trattato di Marrakech volto a facilitare l’accesso alle opere pubblicate per le persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa*, ECLI:EU:C:2017:114. Infatti, da una parte la Corte conclude che la conclusione del trattato di Marrakech non rientra nella politica commerciale comune, dunque l’UE non dispone di una competenza esclusiva a stipularlo (punti 60 ss.). D’altra parte, l’insieme degli obblighi internazionali in esso previsti rientra in un ambito ampiamente coperto da norme dell’UE, sulle quali la stipula può incidere o modificarne la portata. È, dunque, sotto tale profilo che è accertata la competenza della sola UE a concludere il trattato di Marrakech (punti 102 ss.).

4.1.1. Le convenzioni UNESCO stipulate dai soli Stati membri della CEE/CE

La CE non è invece divenuta parte delle convenzioni UNESCO che non prevedono l'adesione da parte degli enti internazionali, le quali, dunque, sono state concluse dai soli Stati membri.

Se la circostanza non colpisce in assenza di una competenza comunitaria rispetto all'oggetto delle convenzioni, diversamente si deve concludere laddove esse trattino dei profili materiali di interesse della CE.⁶⁹ Ad esempio, si prenda la convenzione contro il doping nello sport del 2005, che si propone di eliminare tale fenomeno sia attraverso l'obbligo, posto in capo agli Stati parti, di adottare adeguate misure interne, sia promuovendo la cooperazione internazionale in materia, in coordinamento con la *World Anti-Doping Agency* (WADA). A tale convenzione la CE non ha aderito, poiché l'adesione è consentita ai soli Stati membri dell'UNESCO non firmatari. Eppure alla CE era stata conferita una competenza in materia e lo stesso dicasi per l'UE,⁷⁰ la quale, ai sensi dell'art. 165 TFUE, agisce anche al fine di proteggere l'integrità fisica e morale degli sportivi, a tal fine cooperando con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti. Inoltre, la lotta al doping è la prima delle priorità in materia sportiva indicate dal Consiglio per il periodo 2017-2020, che porterà sia all'adozione di specifiche raccomandazioni, sia alla partecipazione dell'UE alla prossima revisione del codice antidoping della WADA.⁷¹ Era, dunque, indubbio l'interesse *ratione materiae* della CE – e, oggi, dell'UE – per la convenzione UNESCO del 2005 sul doping.

Ebbene, la questione dei trattati inibiti agli enti internazionali ma di interesse materiale della Comunità è stata affrontata nei primi anni novanta dalla Corte di giustizia, con riguardo alle convenzioni stipulate nell'ambito dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), che svolge attività di *standard-setting* in materia lavoristica. Come noto, la CEE aveva (come oggi l'UE) competenza in materia di lavoro e di politica sociale,⁷² ma ciò nonostante non poteva partecipare all'adozione delle convenzioni OIL. *In primis*, poiché il trattato istitutivo di tale Organizzazione riserva la *membership* agli Stati,⁷³ dunque non è consentita l'ammissione di enti internazionali. Ciò costituisce un limite se si considera che le convenzioni di *standard-setting* sono adottate dalla Conferenza generale, organo assembleare dell'OIL, che le approva e le trasmette agli Stati

⁶⁹ Come sottolinea anche G. Butler, op. cit., p. 154, varie convenzioni UNESCO sono di interesse dell'UE *ratione materie*.

⁷⁰ Art. 6 TFUE.

⁷¹ Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, sul piano di lavoro dell'Unione europea per lo sport (1 luglio 2017 - 31 dicembre 2020), Bruxelles, 23 maggio 2017, 9639/17. A testimonianza del risalente interesse della CE per la lotta al doping, si segnala la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano di sostegno comunitario alla lotta contro il doping nello sport*, [COM(99) 643] 1 dicembre 1999, poiché essa prevede, tra le azioni di lotta al doping, il contributo comunitario alla creazione della WADA.

⁷² Cfr. i Titoli IX e X del TFUE.

⁷³ Art. 19, co. 5, della Costituzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro, Montréal, 9 ottobre 1946.

membri per la ratifica.⁷⁴ In secondo luogo, diversamente dall'UNESCO, in ambito OIL non è mai stato previsto l'inserimento, nelle convenzioni di *standard-setting*, di *REIO clauses* o di altri meccanismi atti a consentire l'adesione da parte degli enti internazionali competenti *ratione materiae*.

Sicché, nel noto parere 2/91, riguardante la stipula della convenzione OIL n. 170 sull'impiego di sostanze chimiche sul lavoro,⁷⁵ i giudici del Lussemburgo, preso atto che la Costituzione dell'OIL non consentiva alla CEE di partecipare ai negoziati e di stipulare la convenzioni ILO e rilevato il carattere concorrente della sua competenza, chiarivano che "tale competenza può essere esercitata per il tramite degli Stati membri che agiscano congiuntamente nell'interesse della Comunità" e che "l'esigenza di unità nella rappresentanza internazionale ... impone di garantire una stretta collaborazione tra questi ultimi e le istituzioni comunitarie tanto nel processo di negoziazione e di stipulazione quanto nell'adempimento degli impegni assunti".⁷⁶ Erano, dunque, gli Stati membri a dover provvedere per conto della CE, a tal fine coordinandosi con le istituzioni competenti in ogni fase (negoziazione, stipula e attuazione), tenuto in debito conto il dovere di leale cooperazione che li vincolava nei confronti della Comunità.

Infatti, come ha affermato la stessa Corte nella causa 45/07, riguardante la partecipazione degli Stati membri della CE all'Organizzazione marittima internazionale (IMO), "il semplice fatto che la Comunità non sia membro di un'organizzazione internazionale non autorizza in alcun modo uno Stato membro, che agisca a titolo individuale nell'ambito della sua partecipazione ad un'organizzazione internazionale, ad assumere impegni atti ad incidere su norme comunitarie adottate per perseguire gli scopi del Trattato",⁷⁷ poiché ciò costituirebbe una violazione del dovere di leale cooperazione. Inoltre, ribadiscono i giudici richiamando il parere 2/91, "il fatto che la Comunità non abbia lo status di membro di un'organizzazione internazionale non impedisce che la sua competenza esterna possa essere effettivamente esercitata, segnatamente tramite gli Stati membri che agiscono congiuntamente nell'interesse della Comunità".⁷⁸

⁷⁴ *Ibidem*, art. 1.

⁷⁵ Inizialmente, gli Stati membri della CEE consentirono alla Commissione di partecipare ai negoziati per la stipula delle convenzioni OIL n. 153 sul lavoro dei trasportatori e n. 162 dell'OIL sull'amianto nei luoghi di lavoro, in ragione della competenza comunitaria rispetto alle materie oggetto dei trattati. In sede di negoziato della convenzione n. 162, riguardante una competenza esclusiva della CEE, fu inoltre previsto che qualora fosse venuta nuovamente in rilievo una competenza di pari natura, la Comunità si sarebbe sostituita agli Stati membri nelle negoziazioni. Così sarebbe dovuto accadere con l'avvio dei negoziati per la stipula della convenzione OIL n. 170 sull'impiego di sostanze chimiche sul lavoro, senonché diversi Stati membri contestarono la competenza esclusiva della CEE, dunque la possibilità di prendervi parte. Furono tali vicende a portare la Commissione a chiedere alla Corte di giustizia di esprimersi sulla compatibilità della convenzione OIL n. 170 con le disposizioni del TCE, come poi avvenne con l'emanazione del parere 2/91 (cfr. nota successiva). In proposito, cfr. il resoconto dettagliato di G. De Baere, op. cit., p. 1263 ss.

⁷⁶ Parere del 19 marzo 1993, *Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, ECLI:EU:C:1993:106, rispettivamente para. 5 e para. 36.

⁷⁷ C-45/07, sentenza del 12 febbraio 2009, *Commissione c. Grecia*, ECLI:EU:C:2009:81, para. 30.

⁷⁸ *Ibidem*, para. 31.

Pertanto, quando gli Stati membri partecipano ai lavori di una organizzazione internazionale di cui l'UE non può essere parte, essi devono tener conto delle competenze attribuite all'Unione e non possono compiere azioni atte a incidere sulle stesse. Qualora sia prevista la negoziazione e la firma di convenzioni internazionali e l'UE non possa prendervi parte, gli Stati membri sono tenuti a operare uno stretto coordinamento con le istituzioni, al fine di esprimersi a nome dell'Unione nel caso di competenze esclusive oppure, negli altri tipi di competenze, *anche* in suo conto.⁷⁹ Lo stesso vale per l'attuazione degli obblighi contrattati sul piano internazionale, che richiederà uno stretto coordinamento con le competenti istituzioni dell'UE, anche in ossequio al dovere di leale cooperazione che vincola gli Stati membri alla stessa Unione.

In diversi casi, tale *actio pro communitate*⁸⁰ è stata espressamente autorizzata dal Consiglio.

Ad esempio, con la decisione 2004/246/CE⁸¹ gli Stati membri sono stati autorizzati a firmare e ratificare, nell'interesse della CE, il Protocollo del 2003 alla Convenzione internazionale sul fondo internazionale per il risarcimento dei danni causati dall'inquinamento da idrocarburi, stipulata nel 1992 in seno all'IMO. Nella decisione, il Consiglio ha stabilito che gli Stati membri adottassero le misure necessarie per esprimere simultaneamente il loro consenso a essere vincolati e procedessero a uno scambio di informazioni con la Commissione sulla data presunta di ratifica,⁸² che informassero l'IMO che la loro firma, ratifica o adesione avveniva ai sensi della citata decisione⁸³ e, infine, che si adoperassero affinché il Protocollo e gli strumenti di riferimento fossero modificati per consentire alla CE di divenirne parte contraente.⁸⁴

Più di recente, con decisione 2008/431/CE il Consiglio ha autorizzato alcuni Stati membri a ratificare, nell'interesse della CE, la convenzione dell'Aia del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, atteso che, come afferma il considerando 6°, alcuni articoli della

⁷⁹ Cfr. P. Van Elsuwege, H. Merket, *The role of the Court of Justice in ensuring the unity of the EU's external representation*, in S. Blockmans, R. A. Wessel (eds.), *Principles and practices of EU external representation*, Working Paper 2012/5, Centre for the Law of EU External Relations, The Hague, p. 46 ss. Nello stesso Working Paper, cfr. F. Casolari, *The principle of loyal co-operation: A 'master key' for EU external representation?*, p. 11 ss. Sul punto, cfr. anche C. W. A. Timmermans, *The Court of Justice and Mixed Agreements*, in Court of Justice of the European Union (ed.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analysis and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Heidelberg, 2013, p. 659 ss.

⁸⁰ Così E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, Paris, 2010, p. 128.

⁸¹ Decisione 2004/246/CE del Consiglio, del 2 marzo 2004, che autorizza gli Stati membri a firmare o ratificare, nell'interesse della Comunità europea, il protocollo del 2003 alla convenzione internazionale del 1992 sull'istituzione di un fondo internazionale per il risarcimento dei danni causati dall'inquinamento da idrocarburi, o ad aderirvi e che autorizza Austria e Lussemburgo, nell'interesse della Comunità europea, ad aderire agli strumenti di riferimento, GU L 78 del 16 marzo 2004.

⁸² *Ibidem*, art. 2.

⁸³ *Ibidem*, art. 3.

⁸⁴ *Ibidem*, art. 4.

convenzione hanno ripercussioni sul diritto comunitario derivato in materia di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie e che la competenza comunitaria è di tipo concorrente.⁸⁵

Quanto all'UE, ad esempio, con decisione 2014/165/UE gli Stati membri sono stati autorizzati a ratificare il trattato sul commercio di armi, nell'interesse dell'Unione e relativamente alle questioni di sua competenza esclusiva,⁸⁶ mentre con la recentissima decisione (UE) 2019/683 il Consiglio ha autorizzato gli Stati membri ad aderire, sempre nell'interesse dell'Unione, alla convenzione del Consiglio d'Europa concernente un approccio integrato in materia di sicurezza e di servizi in occasione di incontri calcistici e di altre manifestazioni sportive,⁸⁷ aspetto materiale riconducibile, come prima evidenziato, alla competenza di coordinamento e di sostegno dell'UE in materia di sport.

Certamente, trattasi di decisioni che facilitano la condotta degli Stati membri nell'ipotesi in cui essi debbano negoziare, firmare e ratificare una convenzione cui l'UE non può aderire, seppur competente *ratione materiae*. Ciò detto, nella prassi di tali decisioni non figurano autorizzazioni relative alla stipula delle convenzioni UNESCO, dunque in tali casi la definizione degli aspetti di competenza esterna comunitaria nelle fasi di stipula e attuazione è stata indirizzata dal principio di unità della rappresentanza nazionale e dal dovere di leale cooperazione, come chiariti dalla giurisprudenza del Lussemburgo.

4.2. Il sostegno finanziario dell'UE ai progetti dell'UNESCO

Anche il sostegno finanziario ai progetti dell'UNESCO rappresenta una modalità espressiva, nonché preponderante, della *partnership* tra le due organizzazioni. Si ricorderà che nel 2016 il Comitato esecutivo dava conto del cospicuo sostegno finanziario dell'UE a progetti lanciati dall'UNESCO in specifiche aree di interesse comune. Ebbene, trattasi di una parte del più ampio *corpus* di progetti cui l'UE ha offerto e offre un sostegno finanziario, per l'avvio dei quali, secondo quando prevede il *FAPA* del 2003, è necessaria la conclusione di un *contribution-specific agreement*, teso a regolare gli aspetti di dettaglio relativi all'erogazione sostenuta dall'Unione.

Alcuni esempi di progetti finanziati dall'UE, alcuni terminati e altri in corso,

⁸⁵ Decisione 2008/431/CE del Consiglio, del 5 giugno 2008, che autorizza alcuni Stati membri a ratificare la convenzione dell'Aia del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, ovvero ad aderirvi, nell'interesse della Comunità europea e che autorizza alcuni Stati membri a presentare una dichiarazione sull'applicazione delle pertinenti norme interne del diritto comunitario - Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, GU L 151 dell'11 giugno 2008.

⁸⁶ Decisione 2014/165/UE del Consiglio, del 3 marzo 2014, che autorizza gli Stati membri a ratificare il trattato sul commercio di armi nell'interesse dell'Unione europea, GU L 89 del 25 marzo 2014.

⁸⁷ Decisione (UE) 2019/683 del Consiglio, del 9 aprile 2019, che autorizza gli Stati membri ad aderire, nell'interesse dell'Unione europea, alla convenzione del Consiglio d'Europa concernente un approccio integrato in materia di sicurezza e di servizi in occasione di incontri calcistici e di altre manifestazioni sportive, GU L 115 del 2 maggio 2019.

consentono di evidenziare il collegamento tra le aree di interesse comune ai due enti internazionali e quanto effettivamente realizzato *in loco*.

In materia di educazione, diversi progetti, cospicuamente finanziati dall'Unione, hanno sostenuto la formazione tecnica per i giovani, al fine di sviluppare la loro effettiva capacità di trovare impiego. È il caso, ad esempio, del progetto *Reforming Technical and Vocational Education and Training in Iraq*, terminato nell'estate del 2019 e per il quale sono stati investiti oltre 12 milioni di euro, finalizzato a offrire alle nuove generazioni una formazione utile all'ingresso nel mondo del lavoro, anche di tipo imprenditoriale. In Malawi, invece, è in corso il progetto *Step*, finanziato con quasi 10 milioni di euro, il cui obiettivo è di sostenere il fragile tessuto economico locale, attraverso la formazione di professionisti competenti. In tale gruppo di progetti, quando i destinatari sono i rifugiati, si prevede anche di conseguire l'obiettivo dell'inclusione, della coesione sociale e del rispetto degli studenti indipendentemente dalle origini etniche. Così, ad esempio, il progetto *Strengthening the capacity of the teaching workforce in primary and secondary schools for conflict sensitive education in three districts (Arua, Moyo and Yumbe) of Northern Uganda*, attualmente in corso, si pone il fine di formare gli insegnanti che operano nelle scuole dei distretti ugandesi interessati da una forte affluenza di rifugiati, su temi quali il superamento dei conflitti, l'inclusività, il rispetto e la coesione sociale.

Nell'ambito della protezione dei beni culturali, alcuni progetti mirano alla protezione del patrimonio e della diversità culturale in situazioni di emergenza caratterizzate da minacce alla pace e alla stabilità, da realizzare attraverso l'assistenza tecnica, la consulenza e la formazione. Ad esempio, in un'ottica di *peace-building* e al fine di promuovere la coesione sociale, il progetto *Cash for Work* si propone la rigenerazione della vita urbana in Yemen attraverso il lancio di programmi culturali e la ristrutturazione di edifici danneggiati nel corso del conflitto civile, mentre in Etiopia il progetto *PRO-HE-DEV* sostiene la protezione del patrimonio culturale paleontologico locale attraverso il rafforzamento delle capacità pubbliche di occuparsene efficacemente. In Siria, è invece da poco terminato il progetto *Emergency Safeguarding of the Syrian Cultural Heritage* per la salvaguardia del patrimonio culturale compromesso dal conflitto che interessa da anni il Paese. Questo importante progetto ha comportato il monitoraggio dei danni subiti dal patrimonio culturale (o la sua perdita) e la preparazione di azioni post-conflitto atte al suo recupero.

In tema di diritti umani, in particolare sulla libertà di espressione e sul ruolo strategico dei *media*, altri progetti si propongono di garantire un'informazione imparziale e di qualità, al fine di contribuire a una maggiore democratizzazione e allo sviluppo del dialogo interculturale. In Giordania, ad esempio, il progetto *Youth Empowerment* finanzia programmi di informazione atti a smontare gli stereotipi che alimentano gli estremismi e l'odio che contrappongono i giovani in tale Paese mediorientale.

Infine, specifici progetti UNESCO finanziati dall'UE riguardano la salvaguardia degli oceani e l'accesso universale e sicuro alle risorse idriche. Basti

citare il progetto *Building resilient communities and integrated Early Warning Systems for tsunamis and other ocean related hazards in Central America*, già terminato, che si proponeva di potenziare i meccanismi nazionali di protezione civile di El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicaragua, al fine di realizzare una capacità di risposta alle emergenze capace di ridurre i rischi e l'impatto dei fenomeni marini disastrosi.

Gli esempi riportati evidenziano la comunanza di interessi, dunque la convergenza sul piano dei valori fondativi e degli obiettivi di ciascun ente, rispetto agli interventi concretamente attuati nell'ambito dei progetti, soprattutto con riguardo all'educazione, alla protezione dei beni culturali, ai diritti umani e alla gestione integrata degli oceani, ambiti peraltro indicati dal *MoU 2012* tra le aree del dialogo fortificato. Ciò detto, colpisce la circostanza che l'UE finanzia dei progetti rivolti a Stati terzi e aventi a oggetto il dialogo interculturale e il contrasto agli estremismi e all'odio, ivi compreso l'aspetto specifico della lotta agli stereotipi che alimentano la negazione dei diritti umani, laddove simili emergenze si stanno verificando anche sul piano interno. Si pensi, ad esempio, alla difficile integrazione dei migranti, sempre più spesso ostacolata da episodi di odio razziale, o al negazionismo dei crimini commessi durante il secondo conflitto mondiale, recentemente e più volte rivissuto nelle dichiarazioni di gruppi politici o ideologici in diversi Stati membri. A nostro avviso, di fronte a tali emergenze interne non sarebbe inopportuno l'avvio di nuovi progetti UNESCO rivolti agli Stati membri dell'UE, ai quali senz'altro la stessa Unione potrebbe offrire il proprio sostegno, anche di natura finanziaria.

2516

5. Le azioni dell'UE a favore della cultura quali espressioni della *partnership* con l'UNESCO

Oltre alle forme di partecipazione diretta di ciascun ente internazionale ai lavori dell'altro, la *partnership* tra l'UE e l'UNESCO trova espressione concreta in azioni che l'Unione intraprende a favore della cultura.

Trattasi, in particolare, dell'inserimento di norme dedicate alla cultura negli accordi di associazione, partenariato e vicinato conclusi dall'UE e dell'adozione di norme sulla "mobilità" dei beni culturali nell'unione doganale e oltre i suoi confini. Ciò detto, un cenno verrà fatto anche alla possibilità che, in futuro, gli interventi lanciati nel quadro della Politica di sicurezza e difesa comune (PSDC) dell'UE possano convergere verso l'obiettivo dell'UNESCO di provvedere alla protezione dei beni culturali. A tali forme di sostegno, presenti e future, si intende volgere lo sguardo nel prosieguo di questo paragrafo.

5.1. Gli aspetti culturali negli accordi di associazione, partenariato e vicinato conclusi dall'UE

Un aspetto della *partnership* con l'UNESCO si può ricondurre all'inserimento, primariamente negli accordi di associazione, di partenariato e di vicinato conclusi dall'UE con gli Stati terzi, di disposizioni riguardanti la collaborazione culturale (cd. "clausole culturali"). Come noto, trattasi di accordi aventi un contenuto

piuttosto ampio, che hanno compreso anche aspetti quali la promozione della cultura europea, il multilinguismo, la mobilità dei giovani,⁸⁸ lo scambio di servizi culturali⁸⁹ e la tutela del diritto d'autore.⁹⁰

Sebbene la prassi delle “clausole culturali” preceda la stipula del *MoU 2012*, un collegamento con il *memorandum* si può rintracciare negli obiettivi da esso previsti⁹¹ e nella possibilità, evidenziata in quanto priorità, che la collaborazione tra l'UNESCO e l'UE possa trovare attuazione anche nel quadro della cooperazione allo sviluppo,⁹² nel cui ambito è stata conclusa la maggior parte degli accordi in questione. Inoltre, è ben chiaro che tale prassi costituisce una forma di promozione dei valori dell'UE e di conseguimento degli obiettivi previsti dall'art. 3 TUE, rispetto ai quali, come si è visto, forte è la convergenza con i fondamenti e le finalità dell'UNESCO, che risultano dunque indirettamente promossi dagli stessi accordi.

Per fare alcuni esempi, in relazione agli accordi di associazione e cooperazione si può far cenno all'accordo di Cotonou del 2000, concluso al fine di promuovere e accelerare lo sviluppo economico, culturale e sociale degli Stati ACP (Africa, Caraibi e Pacifico) e, dunque, di contribuire alla pace e alla stabilità di tali Paesi.⁹³ Già nel preambolo si dà conto della volontà di “dare ... un contributo importante allo sviluppo economico, sociale e *culturale* degli Stati ACP”, riconoscendo altresì che “un contesto politico in grado di garantire la pace, la sicurezza e la stabilità, il rispetto dei diritti umani, dei principi democratici e dello Stato di diritto nonché il buon governo costituisce un elemento indispensabile dello sviluppo a lungo termine”. Ebbene, il previsto partenariato si basa su di un dialogo politico che abbraccia numerosi ambiti, compreso quello della cultura.⁹⁴ Infatti, l'art. 27 prevede che le parti collaborino in tale settore, al fine di introdurre la dimensione culturale in tutti i livelli della cooperazione allo sviluppo, di promuovere il dialogo interculturale, di preservare il patrimonio culturale e di dare impulso alle industrie culturali e all'accesso al mercato dei beni e dei servizi culturali. Tre dichiarazioni integrano l'accordo di Cotonou con riguardo agli aspetti di nostro interesse. *In primis*, la Dichiarazione XI esprime la comune volontà delle parti di promuovere la conservazione e la valorizzazione del patrimonio culturale degli Stati ACP, anche attraverso l'avvio di attività culturali congiunte e lo scambio di oggetti rappresentativi delle diverse culture e civiltà, al fine di potenziare il livello di reciproca comprensione e solidarietà tra le rispettive

⁸⁸ Cfr. M. Marletta, *Articolo 167 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1515 ss.

⁸⁹ Cfr. M. Migliazza, *Articolo 167 TFUE*, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1036 ss.

⁹⁰ Cfr. R. Adam, A. Tizzano, op. cit., 740

⁹¹ *MoU 2012*, punti 1-14.

⁹² *Ibidem*, punto 16.

⁹³ Cfr. l'art. 1 dell'accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000, GU L 317 del 15 dicembre 2000.

⁹⁴ *Ibidem*, art. 2.

popolazioni. Più specifica è, invece, la Dichiarazione XII, riguardante la necessità di favorire il ritorno o la restituzione dei beni culturali originari degli Stati ACP, ma situati nel territorio degli Stati membri. Infine, la Dichiarazione XIII verte sulla protezione reciproca dei diritti d'autore quale parte integrante della cooperazione culturale.

Quanto agli accordi di partenariato, si può invece rammentare il “pacchetto” di accordi bilaterali di associazione conclusi nel contesto del partenariato euromediterraneo, avviato nel 1995 tra l'UE e dodici paesi del Mediterraneo meridionale. Fermo restando il carattere bilaterale delle relazioni stabilite dall'UE e le specificità di ciascuno Stato terzo, gli accordi in questione sono accomunati dall'istituzione di un'associazione con la CE (oggi, l'UE) e i suoi Stati membri e dalla comune volontà di promuovere un dialogo politico, una cooperazione economica, commerciale e finanziaria, nonché una cooperazione sociale, *culturale* e in materia di *istruzione*. Prendendo quale esempio l'accordo con il Libano,⁹⁵ una serie di disposizioni pattizie verte sulla cooperazione in materia di cultura. Centrale è senz'altro l'art. 67, riguardante la cooperazione sulle questioni culturali, i mezzi audiovisivi e l'informazione. In particolare, si prevede che detta cooperazione riguardi aspetti quali la conservazione e il restauro del patrimonio storico e culturale, gli scambi di mostre d'arte e di artisti e la formazione degli operatori culturali, nonché, nello specifico settore degli audiovisivi, la promozione delle coproduzioni e della formazione professionale. Ancillari, ma comunque importanti, sono inoltre l'art. 43 riguardante cooperazione in materia di istruzione e formazione, da realizzare anche attraverso il lancio di programmi di scambio, e l'art. 44 sulla cooperazione scientifica, tecnica e tecnologica.

Infine, tra gli accordi di vicinato, la cui stipula si iscrive nell'art. 8 TUE relativo allo sviluppo di relazioni privilegiate tra l'UE e i paesi limitrofi basate su valori comuni e una stretta cooperazione (cd. politica di vicinato),⁹⁶ si può menzionare l'accordo concluso con l'Ucraina.⁹⁷ In termini generali, l'accordo si prefigge di creare un'associazione politica e un'integrazione economica tra l'UE e

⁹⁵ Decisione 2006/356/CE del Consiglio, del 14 febbraio 2006, relativa alla conclusione dell'accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica libanese, dall'altra, GU L 143 del 30 maggio 2006.

⁹⁶ Cfr. altresì l'art. 21, co. 1, TUE, che prevede lo sviluppo di relazioni e l'istituzione di partenariati (anche) con i paesi terzi che condividono i valori dell'UE, dunque democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta ONU e del diritto internazionale. Merita aggiungere che tali accordi possiedono un'unica specificità, cioè la definizione a priori del ventaglio dei Paesi – i più prossimi – con cui l'UE può concluderli al fine di creare uno spazio di buon vicinato. Sotto il profilo materiale, trattasi dunque di normali accordi internazionali, il cui contenuto riguarda le competenze di cui l'UE dispone ad altro titolo (così R. Adam, A. Tizzano, op. cit., 740).

⁹⁷ Decisione (UE) 2017/1247 del Consiglio, dell'11 luglio 2017, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, fatta eccezione per le disposizioni concernenti il trattamento dei cittadini dei paesi terzi legalmente assunti come lavoratori subordinati nel territorio dell'altra parte, GU L 181 del 12 luglio 2017. In generale, sugli accordi conclusi nell'ambito della politica di vicinato con i Paesi dell'Europa orientale, cfr. S. Poli, *La politica europea di vicinato e la sua evoluzione nei rapporti tra l'Unione e gli Stati del partenariato orientale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, vol. III, p. 631 ss.

L'Ucraina, attraverso la promozione di un graduale avvicinamento sulla base di valori comuni, il rafforzamento del dialogo politico e della cooperazione in settori di reciproco interesse. Quanto agli aspetti di interesse culturale, tra i vari riferimenti contenuti nell'articolo⁹⁸ va dato conto degli artt. 437-440, che compongono il Capo 24 intitolato alla "Cultura". Le norme in questione prevedono la promozione della cooperazione atta a rafforzare la comprensione reciproca e a favorire gli scambi culturali (art. 437), l'incoraggiamento del dialogo interculturale (art. 438), la cooperazione nelle sedi internazionali competenti – l'UNESCO e il Consiglio d'Europa – al fine di sviluppare la diversità culturale e di preservare e valorizzare il patrimonio storico e culturale (art. 439) e, infine, la promozione dello sviluppo delle industrie della cultura nell'UE e in Ucraina (art. 440). Tale ultima disposizione termina affermando che "A tal fine, le Parti danno corretta attuazione alla convenzione UNESCO sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005", con ciò attestando che la cooperazione culturale tra l'UE e l'Ucraina trova compiuta realizzazione anche attraverso l'esecuzione degli obblighi internazionali previsti dalla convenzione UNESCO, che vincola entrambe le parti. Senza dubbio, tale previsione costituisce un'espressione concreta (anche) della *partnership* tra l'UNESCO e l'UE, laddove la promozione della corretta attuazione di una convenzione conclusa sotto l'egida dell'Organizzazione a vocazione universale non può che sostenere la realizzazione degli obiettivi condivisi tra i due enti internazionali.

2519

Ciò detto, si è affermato che la prassi di inserire "clausole culturali" riguarda *primariamente* gli accordi di associazione, di partenariato e di vicinato, poiché solo negli ultimi anni essa è stata estesa agli accordi di libero scambio di ultima generazione conclusi dall'UE con diversi Stati terzi. Invero, non si tratta di vere e proprie "clausole culturali", bensì di disposizioni che assumono il profilo culturale come elemento trasversale all'accordo.

Volendo offrire un esempio, si consideri il recente accordo di libero scambio concluso tra l'UE e il Vietnam,⁹⁹ che si propone di liberalizzare e di agevolare gli scambi e gli investimenti tra le parti, attraverso l'istituzione di una zona di libero scambio conformemente all'art. XXIV del GATT 1994 e all'art. V del GATS.¹⁰⁰ Nel lungo articolato non mancano disposizioni riguardanti la promozione e la tutela della cultura, considerati come ambiti tematici nei quali perseguire obiettivi di natura politica e rispetto ai quali le parti possono agire in deroga alle regole convenute per il corretto funzionamento della zona di libero scambio. Così, ad esempio, l'art. 8.1 consente a ciascuna parte di adottare, mantenere in vigore e applicare le misure necessarie per perseguire la promozione e la tutela della diversità culturale, in deroga alla regola generale secondo cui esse adottano le

⁹⁸ Ad esempio, cfr. l'art. 430 dell'accordo, che esprime la comune volontà di promuovere la cooperazione nel campo dell'istruzione e della formazione, al fine di promuovere il dialogo interculturale.

⁹⁹ Decisione (UE) 2019/1121 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam, GU L 177 del 2 luglio 2019.

¹⁰⁰ *Ibidem*, art. 1.

disposizioni necessarie alla progressiva liberalizzazione degli investimenti e degli scambi di servizi, come pure per la cooperazione in materia di commercio elettronico. Un altro esempio è offerto dal regime delle sovvenzioni pubbliche alle imprese, in generale vietate poiché potenzialmente in grado di falsare il corretto funzionamento dei mercati e di compromettere i vantaggi derivanti dalla liberalizzazione degli scambi. Ebbene, l'art. 10.4 ne ammette la concessione in deroga, qualora ciò sia necessario a perseguire obiettivi di politica pubblica, tra i quali è espressamente menzionata la promozione della cultura e la conservazione del patrimonio culturale.

5.2. Protezione dei beni culturali e mercato unico dell'UE

Anche l'adozione, da parte dell'UE, di norme sulla circolazione dei beni culturali e sulla lotta al traffico d'arte si può considerare un'espressione concreta della *partnership* con l'UNESCO. D'altronde, come ha rilevato il Comitato esecutivo UNESCO, tale Organizzazione "is also increasingly consulted and asked to provide information and advice for new European policies and legislation, such as for ... the protection of cultural heritage in conflict situations and the illicit trafficking of cultural goods in Europe",¹⁰¹ dunque sembra aver partecipato, fornendo consulenza, alla predisposizione delle proposte (quantomeno le più recenti) relative agli atti di diritto dell'UE emanati in materia. Inoltre, la circolazione dei beni culturali e la lotta al traffico d'arte hanno già trovato concreta espressione nell'adesione della CE al Protocollo del 1976 e nel previsto obbligo di dare attuazione anche al presupposto Accordo del 1950.¹⁰²

Ciò premesso, le norme europee contestualizzano i beni culturali mobili, gli unici a poter circolare, nel mercato unico, dunque in regime di libera circolazione infracomunitaria e in entrata e uscita dall'unione doganale, ai quali si applica la relativa disciplina.¹⁰³ Che tali beni possano considerarsi alla stregua delle merci costituisce un'acquisizione giurisprudenziale consolidata. Nella nota sentenza *Commissione c. Italia* del 1968, i cui insegnamenti sono stati confermati nella giurisprudenza successiva, la Corte di giustizia ha affermato che "a norma dell'articolo 9 del Trattato, la Comunità si fonda su un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci. Per merci ... si devono intendere i prodotti pecuniariamente valutabili e come tali atti a costituire oggetto di negozi commerciali. I prodotti contemplati dalla legge italiana [oggetti d'interesse artistico, storico, archeologico o etnologico, n.d.r.], indipendentemente dalle caratteristiche che li distinguono dagli altri beni commerciabili, hanno in comune con questi ultimi la caratteristica di essere pecuniariamente valutabili e di poter quindi costituire oggetto di negozi commerciali".¹⁰⁴ Non si tratta, dunque, della

¹⁰¹ UNESCO Executive Board, *cit.*, nota 20, punto 16.

¹⁰² *Supra*, § 3.1.

¹⁰³ Cfr. M. Frigo, *Beni culturali*, *cit.*, p. 249 ss.

¹⁰⁴ C-7/68, sentenza del 10 dicembre 1968, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1968:5, diritto, merito, para. 1 e altresì C-7/78, sentenza del 23 novembre 1978, *La Regina c. Thompson, Johnson e Woodriss*, ECLI:EU:C:1978:209. Su tale giurisprudenza, cfr. R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.*, p. 448.

nozione comunitaria di “bene culturale”, bensì della nozione economica applicabile *solo* ai beni culturali suscettibili di scambio commerciale e, in conseguenza, in regime di libera circolazione verso, dentro e oltre il mercato unico dell'UE.

Infatti, un'altra parte dei beni culturali mobili beneficia della deroga prevista dall'art. 36 TFUE, che consente divieti o restrizioni alle importazioni, alle esportazioni o ai beni in transito per motivi di protezione dei beni del patrimonio nazionale aventi valore artistico, storico o archeologico. Trattasi di beni culturali non commercializzabili, poiché appartenenti al patrimonio nazionale, la cui individuazione spetta ai singoli Stati membri, anche se, a titolo esemplificativo, si può richiamare il considerando 9° della direttiva 2014/60/UE, che li identifica nei beni di interesse storico, paleontologico, etnografico o numismatico o con valore scientifico, che siano parte di collezioni pubbliche o di altro tipo, che siano singoli oggetti o che provengano da scavi regolari o clandestini.

Ciò premesso, il quadro normativo europeo di nostro interesse ruota attorno a tre atti. Sul piano interno, con l'appena menzionata direttiva 2014/60/UE è stata fissata la disciplina di armonizzazione relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente da uno Stato membro e localizzati in altro Stato membro.¹⁰⁵ La direttiva provvede ad armonizzare le regole di restituzione, e non invece alla fissazione di regole uniche, poiché la sua base giuridica riposa sull'art. 114 TFUE, che prevede il solo ravvicinamento delle legislazioni ai fini dell'adozione di misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, ivi compresa la deroga *ex art.* 36 TUE. Invece, rispetto ai transiti attraverso l'unione doganale, l'esportazione dei beni culturali è stata disciplinata con il regolamento (CE) n. 116/2009,¹⁰⁶ mentre la loro introduzione e importazione è normata dal recente regolamento (UE) 2019/880.¹⁰⁷ In tali casi, trattandosi di aspetti relativi alla politica commerciale comune, competenza esclusiva dell'UE che offre la base giuridica dei regolamenti, sono state codificate delle regole uniche.

Più nel dettaglio, la direttiva 2014/60/UE, rifusione della precedente della direttiva 93/7/CEE, la quale era stata più volte sostanzialmente modificata, garantisce la restituzione fisica dei beni culturali classificati come beni del patrimonio nazionale *ex art.* 36 TFUE e usciti illecitamente dagli Stati membri, attraverso lo stabilimento di forme di cooperazione tra le autorità pubbliche competenti e la proposizione di un'azione di restituzione. Tale rimedio, attivato contro il possessore del bene culturale che ha indebitamente circolato, è avviato, da parte dello Stato membro titolare, davanti al giudice competente dello Stato membro nel cui territorio lo stesso bene è fisicamente collocato.¹⁰⁸ L'apprestato sistema di restituzione prevede che lo Stato membro territorialmente interessato

¹⁰⁵ Direttiva 2014/60/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012 (Rifusione), GU L 159 del 28 maggio 2014.

¹⁰⁶ Regolamento (CE) n. 116/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo all'esportazione di beni culturali, GU L 39 del 10 febbraio 2009.

¹⁰⁷ Regolamento (UE) 2019/880 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali, GU L 151 del 7 giugno 2019.

¹⁰⁸ Direttiva 2014/60/UE, art. 6.

cooperi per segnalare beni culturali di possibile illecita uscita dal territorio di un altro Stato membro e, se individuati, che prenda le misure necessarie alla loro conservazione materiale e ne impedisca l'occultamento. Inoltre, in generale, lo Stato territorialmente interessato deve svolgere il ruolo d'intermediario tra il possessore e lo Stato membro richiedente, ai fini della restituzione del bene culturale.¹⁰⁹ Se, a seguito di proposizione dell'azione di restituzione, il giudice competente ordina la restituzione a uno Stato membro di un bene culturale uscito illecitamente dal suo territorio,¹¹⁰ può essere accordato, in base alle circostanze del caso concreto, un equo indennizzo al privato spossessato.¹¹¹

Va evidenziato che la direttiva 2014/60/UE presenta un collegamento, funzionale alla lotta ai crimini culturali, con la convenzione UNESCO del 1970 sulle misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali e con la successiva convenzione dell'UNIDROIT del 1995 sui beni culturali rubati o illecitamente esportati. Infatti, oltre a riferire della necessità di adottare misure comunitarie in materia, il considerando 16° della direttiva rammenta la raccomandazione del Consiglio del 13 e 14 dicembre 2011, rivolta agli Stati membri ancora non vincolati dalle due convenzioni, a provvedere con la necessaria ratifica. Ora, atteso che il contenuto delle convenzioni a vocazione universale – tra loro collegate sotto il profilo materiale, dato che la convenzione UNIDROIT costituisce l'aggiornamento della convenzione UNESCO¹¹² – è in parte coincidente con quello della direttiva, risulta chiaro l'intento del Consiglio di rafforzare la protezione dei beni culturali in ambito europeo, facendo a tal fine appello non solo alle norme sovranazionali, ma anche agli obblighi internazionali. Risultato che, in effetti, si apprezza ancor più se si considera che parte del contenuto della direttiva 2014/60/UE riflette quello della convenzione UNIDROIT, che sembra essere stata assunta come riferimento sostanziale.¹¹³ Un esempio è offerto dalla previsione relativa alla diligenza del possessore del bene culturale; l'art. 4 della convenzione UNIDROIT prevede che egli possa ottenere un indennizzo adeguato dopo la sua restituzione, qualora possa provare di averlo acquistato in buona fede e di aver agito con la dovuta diligenza, ad esempio consultando il registro dei beni culturali rubati e ogni altra documentazione pubblica pertinente, il che corrisponde, pressoché negli stessi termini, a quanto previsto dall'art. 10 della direttiva 2014/60/UE.

Venendo ai transiti attraverso l'unione doganale, in tema di esportazione dei beni culturali il regolamento 116/2009 stabilisce un sistema di controlli uniformi

¹⁰⁹ *Ibidem*, art. 5.

¹¹⁰ *Ibidem*, art. 9.

¹¹¹ *Ibidem*, art. 10.

¹¹² Cfr. M. Frigo, *La circolazione internazionale delle opere d'arte*, in G. Negri-Clementi, S. Stabile (a cura di), *Il diritto dell'arte*, vol. II, Milano, 2013, p. 200 ss.

¹¹³ Cfr. M. Cornu, M. Frigo, *Nouvelle directive 2014/60/UE en matière de restitution de biens culturels. L'alliance entre le droit de l'Union et le droit international*, in *Europe*, Avril 2015, p. 9 ss.; M. Frigo, *The implementation of EU Directive 2014/60 and the problems of the compliance of Italian legislation with international and EU law*, in *Santander Art & Culture Law Review*, 2/2016, p. 71 ss.; M. Frigo, *Beni culturali*, cit., p. 245.

alle frontiere esterne, secondo cui l'uscita dall'UE deve essere accompagnata da licenze di esportazione, rilasciate dagli Stati membri e valide in tutto il territorio dell'Unione. La licenza può essere negata qualora i beni culturali siano contemplati da una legislazione nazionale che tutela il patrimonio culturale avente valore artistico, storico o archeologico nello Stato membro interessato, in armonia con quanto prevede l'art. 36 TFUE. Ciò detto, il sistema delle esportazioni su licenza non riguarda tutti i beni culturali, bensì solo quelli indicati nell'allegato I al regolamento, che, per quanto esaustivo, non esclude che "l'esportazione diretta dal territorio doganale della Comunità di beni del patrimonio nazionale di valore artistico, storico o archeologico che non rientrano nella definizione di beni culturali ai sensi del presente regolamento è soggetta alla normativa nazionale dello Stato membro di esportazione".¹¹⁴

Quanto all'ingresso di beni culturali nell'unione doganale, il recente regolamento 2019/880 definisce le condizioni e le procedure per la loro introduzione e importazione, al fine di salvaguardare il patrimonio culturale dell'umanità e di impedirne il commercio illecito, in particolare qualora possa contribuire al finanziamento del terrorismo. Anche in questo caso, il sistema apprestato subordina l'introduzione o importazione al rilascio di licenze di ingresso e, nel caso di certi tipi di beni culturali, anche di dichiarazioni prodotte dell'importatore. Le licenze non possono essere concesse nel caso di beni culturali rimossi dal territorio dello Stato terzo in cui sono stati creati o scoperti in violazione delle disposizioni legislative e regolamentari di tale Paese, per i quali è, dunque, vietato l'ingresso nell'unione doganale.

Anche il regolamento 2019/880 risulta funzionalmente collegato alle citate convenzioni UNESCO e UNIDROIT, poiché "importa", ai fini della disciplina offerta, le definizioni in esse contenute, con le quali "molti paesi terzi e la maggior parte degli Stati membri hanno familiarità".¹¹⁵ È il caso della nozione di "bene culturale", che, secondo una terminologia speculare, nel regolamento è "qualsiasi articolo di importanza archeologica, preistorica, storica, letteraria, artistica o scientifica", nella convenzione UNESCO riguarda "property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science", mentre nella convenzione UNIDROIT attiene a "cultural objects are those which, on religious or secular grounds, are of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science". Inoltre, con riguardo alla sola convenzione UNESCO, il regolamento precisa che l'art. 5 di tale trattato esorta gli Stati parti a istituire dei servizi nazionali per la protezione dei beni culturali contro l'importazione, l'esportazione e il trasferimento illecito, consentendo altresì la cooperazione con le autorità nazionali degli altri Stati parti.¹¹⁶ Tale premessa pare accendere un'ipoteca sulla presenza di un apparato amministrativo e di controllo già organizzato e funzionante, sul quale il regolamento 2019/880 costruisce,

¹¹⁴ Regolamento 116/2009, art. 2, co. 4.

¹¹⁵ *Ibidem*, considerando 7°.

¹¹⁶ *Ibidem*, considerando 9°.

nell'unione doganale, un sistema di controlli rafforzato, basato su uffici nazionali dotati di un sistema elettronico dedicato¹¹⁷ e posti ancor più stretta cooperazione con gli uffici competenti degli altri Stati membri dell'UE.¹¹⁸

Nel complesso, ci sembra che l'UE si sia dotata di un quadro normativo che presenta una innegabile vocazione tutelare rispetto alla movimentazione dei beni culturali, del quale è stato, però, lamentato il carattere soprattutto preventivo, dovuto alla circostanza che non è previsto l'esercizio dell'azione penale nei confronti di chi si macchia di "reati culturali".¹¹⁹ In disparte ogni considerazione sulla competenza dell'UE in materia penale, va effettivamente rilevato che, nel caso dei regolamenti, si prevede che gli Stati membri stabiliscano le sanzioni applicabili, le quali devono essere effettive, proporzionate e dissuasive,¹²⁰ senz'altro aggiungere, né raccomandare una preferenza per le sanzioni penali, come invece è accaduto, ad esempio, nel caso della tutela ambientale.¹²¹ Per sua parte, la direttiva 2014/60/UE si limita a disciplinare l'azione di restituzione del bene culturale, ma "lascia(ndo) impregiudicate le azioni civili o *penali* spettanti, in base al diritto nazionale degli Stati membri, allo Stato membro richiedente e/o al proprietario cui è stato sottratto il bene".¹²² Nonostante tale rilievo, che a nostro avviso non accende alcuna ipotesi sull'inefficacia del quadro normativo in questione, riteniamo comunque apprezzabile l'intento di tutelare nella misura massima possibile i beni culturali, anche completando e rafforzando, a livello sovranazionale, quanto già previsto a livello universale dalla convenzione UNESCO e dalla collegata e successiva convenzione UNIDROIT.

2524

5.3. Verso un *peace-keeping culturale a guida dell'UE*?

Sebbene non costituisca ancora un'espressione concreta della *partnership* tra l'UNESCO e l'UE, non è da escludere che, in futuro, l'Unione possa dar vita ad attività di *peace-keeping* culturale, con ciò intendendo la possibilità che le operazioni militari o le missioni civili avviate nell'ambito della PSDC¹²³ ricevano un mandato comprendente la protezione dei beni culturali – mobili e, stavolta, anche immobili – in scenari di crisi nei quali debbano operare, ipotesi di indubbio interesse per l'Organizzazione a vocazione universale.

Nel sistema di sicurezza collettivo dell'ONU tale sviluppo si è già realizzato, ad esempio nel caso dell'operazione *United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission* (MINUSMA) operante in Mali, incaricata dal Consiglio di sicurezza (anche) "(t)o assist the transitional authorities of Mali, as necessary and

¹¹⁷ *Ibidem*, artt. 8 e 9.

¹¹⁸ *Ibidem*, art. 7.

¹¹⁹ Cfr. P. Gerstenblith, *Enforcement by Domestic Courts*, in F. Francioni, J. Gordley (eds.), *Enforcing international cultural heritage law*, Oxford, 2013, p. 159 ss.

¹²⁰ Cfr. l'art. 9 del regolamento (CE) n. 116/2009 e l'art. 11 del regolamento (UE) 2019/880.

¹²¹ Cfr. l'art. 5 della direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, GU L 328 del 6 dicembre 2008: "Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che i reati di cui agli articoli 3 e 4 siano puniti con sanzioni *penali* efficaci, proporzionate e dissuasive" [*corsivo aggiunto*].

¹²² Direttiva 2014/60/UE, art. 16.

¹²³ Cfr., in particolare, l'art. 42 TUE.

feasible, in protecting from attack the cultural and historical sites in Mali, in collaboration with UNESCO".¹²⁴ Si tratta di un intervento militare massiccio (oltre 10.000 militari), che per mandato e operatività ha le capacità per essere direttamente coinvolto nelle attività di protezione armata del patrimonio culturale, come effettivamente sta avvenendo in stretto raccordo con l'UNESCO.

Diversa è la situazione nel caso dell'UE. Fino ad ora, nessun intervento PSDC ha compreso compiti analoghi a MINUSMA, anche se proprio in alcuni scenari di crisi, vulnerabili anche sotto il profilo della distruzione dei beni culturali, sono state schierate delle operazioni militari e delle missioni civili. Come nello stesso Mali, Paese in cui sono state dispiegate un'operazione militare non operativa (*EU Training Mission Mali*), incaricata di svolgere attività di formazione e di consulenza alle forze armate locali,¹²⁵ e una missione civile (*EU Capacity Building Mission Sahel Mali*), avente il compito di assistere e di consigliare le autorità interne nell'attuazione della riforma della sicurezza approvata nei primi anni 2000.¹²⁶ In entrambi i casi, però, nel mandato ricevuto non si fa menzione alla protezione dei beni culturali, mentre il riferimento a MINUSMA, presente nelle decisioni istitutive dei due interventi PSDC, è esclusivamente funzionale alla realizzazione di uno stretto coordinamento con gli altri attori internazionali operanti *in loco*.¹²⁷

Invece, il mandato della missione civile *EUAM Iraq* contiene un riferimento alla protezione dei beni culturali. Va detto che, in precedenza, il Consiglio si era espresso sulla distruzione di beni culturali, siti archeologici, monumenti e biblioteche in Iraq, dichiarando che "l'Unione europea appoggia attivamente le pertinenti azioni ed iniziative dell'Unesco nonché le organizzazioni governative e non governative il cui obiettivo è quello di salvaguardare il patrimonio culturale dell'Iraq quale parte del patrimonio culturale mondiale."¹²⁸ Con l'avvio di *EUAM Iraq* si è, invece, previsto un coinvolgimento diretto dell'UE, dovendo la missione civile garantire "che tra le azioni di contrasto alla criminalità organizzata [nell'ambito della consulenza alle autorità irachene per contribuire all'attuazione della strategia nazionale di sicurezza, n.d.r.] rientrino la lotta contro la migrazione clandestina, il traffico di armi e stupefacenti, la criminalità informatica e il traffico illecito e la *distruzione di beni culturali*. Quest'ultima avverrà in stretto coordinamento con tutti i pertinenti attori sul terreno, in particolare con

¹²⁴ Risoluzione 2100 (2013), para. 16, lett. f e successive risoluzioni (da ultimo, cfr. risoluzione 2423 (2018), para. 67). In dottrina, cfr. l'ampio studio di L. Pineschi, *Tutela internazionale del patrimonio culturale e missioni di pace delle Nazioni Unite: un binomio possibile?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 1 ss.

¹²⁵ Art. 1 della decisione 2013/34/PESC del Consiglio, del 17 gennaio 2013, relativa a una missione militare dell'Unione europea volta a contribuire alla formazione delle forze armate maliane (EUTM Mali), GU L 14 del 18 gennaio 2013.

¹²⁶ Art. 1 della decisione 2014/219/PESC del Consiglio, del 15 aprile 2014, relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Mali (EUCAP Sahel Mali), GU L 113 del 16 aprile 2014.

¹²⁷ Cfr. art. 1 della 2013/34/PESC e art. 2 della decisione 2014/219/PESC.

¹²⁸ Dichiarazione del Consiglio del 26 maggio 2003 sulla tragica distruzione di beni culturali, siti archeologici, monumenti e biblioteche in Iraq, GU C 136 dell'11 giugno 2003.

l'UNESCO e la coalizione internazionale".¹²⁹ Ora, è ben chiaro che tale compito non comporta la partecipazione operativa alla protezione dei beni culturali e, dunque, non è comparabile con le attività di MINUSMA, ma ciò si spiega rammentando che si tratta di una missione civile di piccola dimensione (98 membri di *staff*) e avente compiti di *counselling* nel settore sicurezza.

Trattasi, però, di un primo (e unico, nella prassi finora intervenuta) segnale della volontà di considerare la protezione dei beni culturali quale parte degli interventi di ambito PSDC, sviluppo rispetto al quale l'approdo a una fase più operativa, di effettiva difesa armata dei siti culturali, richiederà necessariamente l'avvio di operazioni militari robuste. A nostro avviso, non si pone un problema di capacità militari, dato che l'UE ha già lanciato operazioni comparabili a MINUSMA, come è accaduto con l'operazione militare *EUFOR Althea* in Bosnia-Erzegovina,¹³⁰ che nel 2004 ha visto lo schieramento iniziale di circa 7.000 militari. Riteniamo, invece, che la questione sia puramente legata alla volontà politica degli Stati membri di dare avvio ad attività di *peace-keeping* culturale a guida UE, oltre che, naturalmente, alla necessità di proteggere i beni culturali situati nello scenario di crisi nel quale l'Unione sia richiesta di intervenire.

In tale direzione, è auspicabile che gli Stati membri dell'UE già attivi sul fronte della promozione del *peace-keeping* culturale nelle rilevanti sedi internazionali svolgano un ruolo propulsore anche in seno all'Unione. Tra questi, il nostro Paese, che nel 2015 ha proposto l'adozione, da parte della Conferenza generale dell'UNESCO, della risoluzione 38 C/49, con la quale, tenuto conto dei risultati positivi conseguiti da MINUSMA e al fine di rafforzare la protezione della cultura e la promozione del pluralismo culturale in caso di conflitto armato, è stato espresso l'incoraggiamento a inserire delle componenti culturali negli interventi di *peace-keeping* a guida ONU e altresì a creare delle *task force* culturali nazionali.¹³¹ In tale direzione, dando seguito alla risoluzione 38 C/49, nel 2016 l'Italia ha firmato un *MoU* con l'UNESCO attraverso il quale è stata convenuta la creazione della *task force* culturale italiana,¹³² chiamata a intervenire, su richiesta di uno Stato membro della stessa Organizzazione in situazione di crisi o emergenza, per effettuare interventi *in loco* quali, ad esempio, la pianificazione delle operazioni di salvaguardia del patrimonio culturale, l'assistenza al trasporto in sicurezza dei beni culturali mobili e il contrasto al saccheggio e al traffico illecito di beni culturali. Inoltre, nella stessa direzione, merita segnalare che, su proposta italo-

¹²⁹ Art. 3, co. 1, della versione vigente della decisione (PESC) 2017/1869 del Consiglio, del 16 ottobre 2017, relativa alla missione consultiva dell'Unione europea a sostegno della riforma del settore della sicurezza in Iraq (EUAM Iraq), GU L 266 del 17 ottobre 2017.

¹³⁰ Azione comune 2004/570/PESC del Consiglio, del 12 luglio 2004, relativa all'operazione militare dell'Unione europea in Bosnia-Erzegovina, GU L 252 del 28 luglio 2004.

¹³¹ UNESCO General Conference, *Reinforcement of UNESCO's action for the protection of culture and the promotion of cultural pluralism in the event of armed conflict*, 38th session, Paris, 2 November 2015, para. 5.

¹³² *Memorandum of Understanding between the Government of the Italian Republic and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization on the Italian National "Task Force in the framework of UNESCO's Global Coalition Unite4Heritage" for initiatives in favor of Countries facing emergencies that may affect the protection and safeguarding of culture and the promotion of cultural pluralism*, Rome, 16 February 2016.

francese, nel 2017 il Consiglio di Sicurezza dell'ONU ha approvato la risoluzione 2347, in cui è affermato *inter alia* che “the mandate of United Nations peacekeeping operations, when specifically mandated by the Security Council and in accordance with their rules of engagement, may encompass, as appropriate, assisting relevant authorities, upon their request, in the protection of cultural heritage from destruction, illicit excavation, looting and smuggling in the context of armed conflicts, in collaboration with UNESCO, and that such operations should operate carefully when in the vicinity of cultural and historical sites”.¹³³

6. Brevi considerazioni finali

L'inquadramento, sotto il profilo istituzionale e materiale, della storica e fruttuosa cooperazione tra l'UNESCO e l'UE ha consentito di metterne in luce l'ampiezza tematica e la varietà di strumenti apprestati, col fine comune ai due enti internazionali di proteggere e di promuovere la cultura e le sue espressioni, assumano esse la forma materiale del bene di interesse storico-artistico oppure quella immateriale dei diritti dell'uomo.

Come si è visto, si tratta di una cooperazione multisetoriale e improntata a un certo pragmatismo, nel cui ambito il sostegno finanziario offerto dall'UE costituisce un punto di forza e, al contempo, un fattore di sviluppo della *partnership* instaurata. Così sembrano testimoniare alcuni documenti adottati in ambito europeo. Ad esempio, nel quadro finanziario pluriennale 2021-2027¹³⁴ la Commissione Juncker ha proposto un bilancio a lungo termine dell'UE allineato alle sue priorità politiche, tra cui il maggior sostegno finanziario al ruolo proattivo dell'Unione nella comunità internazionale, anche nell'ambito del multilateralismo effettivo.¹³⁵ È il caso di rammentare che tale proposito è del tutto coerente con l'intento, espresso dal Consiglio nelle citate conclusioni sul piano di lavoro per la cultura 2019-2022, di tenere relazioni culturali internazionali che, oltre all'aspetto promozionale della cultura e delle sue diverse forme espressive, impongano di garantire la piena complementarietà con le azioni condotte dal Consiglio d'Europa e dall'UNESCO. Inoltre, lo stesso proposito ha trovato esplicita conferma nel recente discorso del rappresentante dell'UE alla 206^a sessione del Comitato esecutivo UNESCO, al termine del quale si assicurava che “We will remain close partners to UNESCO – the EU Member States continue to be collectively the largest contributors to the regular budget of UNESCO, and the EU and the EU MS also represent the organisation's largest voluntary donors”.¹³⁶

¹³³ UN Security Council resolution 2347 (2017), 24 March 2017, para. 19.

¹³⁴ Commissione europea, *Un bilancio moderno al servizio di un'Unione che protegge, dà forza e difende*, Bruxelles, 2 maggio 2018.

¹³⁵ Tale intento è stato confermato dal nuovo Presidente della Commissione, Ursula von der Leyen, la quale ha espresso la volontà di voler ulteriormente incrementare i fondi per l'azione esterna, al fine di consolidare la posizione dell'UE quale “attore globale forte” nella comunità internazionale. Cfr. U. von der Leyen, *Orientamenti politici per la prossima Commissione europea (2019-2024) – Un'Unione più ambiziosa: Il mio programma per l'Europa*, 16 luglio 2019.

¹³⁶ 206th session of the UNESCO Executive Board – European Union statement, Paris, 10 april 2019.

Se la strada del maggior sostegno finanziario pare offrire una prospettiva di sviluppo della *partnership* tra l'UNESCO e l'UE – e, ci permettiamo di aggiungere, auspicabilmente nella direzione di incoraggiare anche gli altri ambiti della cooperazione – una critica può essere mossa, a nostro avviso, alla citata frammentazione che caratterizza l'attuale quadro regolatorio delle relazioni tra i due enti internazionali. Infatti, riteniamo che rapporti istituzionali di tale importanza, complessità e onerosità meriterebbero di essere inquadrati in un unico strumento convenuto tra l'UNESCO e l'UE, che crei una piattaforma di cooperazione utile, da una parte, a ordinare e consolidare il perimetro delle relazioni esistenti e, dall'altra, a lasciare aperta la possibilità di ampliare gli ambiti materiali di azione comune.

Ciò detto, riteniamo altresì che il ruolo proattivo dell'UE nella protezione del patrimonio culturale e nella promozione della diversità culturale, quale emerge dalla cooperazione qui considerata, dovrebbe trovare corrispondenza nella sua piena partecipazione all'UNESCO, come *membro*. Trattasi di uno sviluppo auspicabile, ma purtroppo al momento impercorribile, non essendo stata presa in considerazione tale ipotesi tra le proposte di modifica finora formulate sull'art. II (*"Membership"*) del trattato istitutivo dell'Organizzazione a vocazione universale¹³⁷.

¹³⁷ Infatti, alla Conferenza generale sono state proposte diverse modifiche della Costituzione dell'UNESCO, anche con riguardo all'art. II. Nessuna di queste, però, prevede l'estensione della *membership* agli enti internazionali. L'unica modifica apportata alla norma in questione ha riguardato il paragrafo 3, riguardante i diritti e gli obblighi dei membri associati. Cfr. UNESCO, *Basic Texts* (edition including texts and amendments adopted by the General Conference at its 39th session, 30 October - 14 November 2017), Paris 2018.

Claiming cultural diversity in courts. Exploring judicial strategies to elude the “cultural question” in Italy and the UK*

di Paola Pannia

Abstract: Titolo in inglese (o in ita se titolo è già in inglese) – How do judges manage cases of cultural diversity? What are the outcomes of their judgments and what arguments are posited to justify them? Is there any recurrence among the main arguments used by judges in different legal systems? In order to answer these questions, the article draws on the results of socio-legal research aimed at identifying and analysing judicial reasoning (and decisions) in cases from 1993 to 2013 where “cultural arguments” were pleaded by the offender or raised by the judge, in Italian and English courtrooms. The article discusses the outputs of the empirical research, highlighting the differences in the approach towards diversity management in the Italian and English courtrooms. Italian judges reveal a limited awareness of the complexity of cultural diversity, while English judges show uneasiness and disorientation in managing the “cultural factor”. The different approaches notwithstanding, results point to an interesting convergence: in the absence of policies and tools for managing cultural diversity in the courtroom, Italian and English judges try avoid directly addressing the “cultural question”.

2529

Keywords: Judicial reasoning; Cultural diversity; Cultural defence; Socio-legal research; Judicial stereotyping.

1. Introduction

Cultural diversity has become a key trait of contemporary European societies. According to EUROSTAT, third-country nationals have climbed from 3.4% of the EU-28 population in 2005 to 4.2% in 2016.¹ The growing presence of

* This article is based on the presentation I gave at the Migration Working group - Transnationalism, held on May 2017 at the European University Institute, and the working paper published in the EUI RSCAS, 2017/58. I am grateful to prof. Anna Triandafyllidou and all the participants of the Migration Working Group for the fruitful debate. I am also indebted to prof. Veronica Federico, prof. Chara Bakalis, Dr. Shreya Atrey and Dr. Mariateresa Veltri and the two referees who accurately commented on this work and helped me to further refine my reflections. Obviously, the responsibility for the content of this article is mine alone.

This article is dedicated to the memory of prof. Wibo van Rossum, a great man and professor, who I had the honour to meet and talk with about the complex and intertwining nexus between law and culture

¹ EUROSTAT, data on ‘Migration and Citizenship’, available at ec.europa.eu/eurostat/web/population-demography-migration-projections/migration-and-citizenship-data

foreigners coming from remote and very diverse countries leads to the juxtaposition of multiple patterns of diversity, such as linguistic, religious, social and ethnic ones. This “super-diversity”² calls into question the traditional structures of societies, and therefore it challenges the States’ ability to manage such a multi-layered complexity.³ At different levels and to different degrees, State institutions are called upon to revise and adjust common tools, practices and policies so as to govern diversity.

The legal framework is in the midst of this process. Indeed, ever more frequently courts at all levels worldwide are experiencing a new kind of legal argumentation, where claimants ask the court to acknowledge the particularity of their cultural backgrounds and, on this basis, to judge their cases differently from those of the rest of the community.⁴

This is typically the case of the phenomenon of “culturally motivated crimes”, increasingly explored by practitioners and scholars. A “culturally motivated crime” is defined as an “act committed by a member of a minority culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. Nevertheless, within the cultural group of the offender that same act is condoned or accepted as normal behavior and approved or even endorsed and promoted in the given situation”.⁵ On this basis, offenders plead for special treatment before the Court (their culture being cited as a motive, justification, excuse, or mitigating circumstance).

Until now, research has focused on trying to understand whether constitutional frameworks can allow for the “cultural exception”, and, if so, on establishing the limits to that exception. Scholars have pointed to the courts as the institutional actors bearing the heaviest burden in managing the consequences generated by cultural diversity, stressing the difficulty of invoking a cultural argument in courts.⁶ Nevertheless, thus far, rarely have authors undertaken a systematic analysis of the strategies actually used by judges to adjudicate cultural claims inside courtrooms.⁷ The issues of what actually

² ‘Super-diversity’ is a term intended to underline a level and kind of complexity overcoming anything previously experienced in a particular society. See S. Vertovec, *Super-diversity and its implications*, in 29(6) *Ethnic and Racial Studies*, 1024-54 (2007).

³ For a comprehensive analysis of the multiple interweaving aspects related to the management of cultural diversity, see G. Cerrina Feroni, V. Federico (eds.), *Strumenti, precorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018.

⁴ A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense: Challenging the Monocultural Paradigm*, in M. C. Foblets, J. F. Gaudreault-Desbiens, A. Dundes Renteln (eds.), *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, Bruxelles, 2010, 791 ff.; M. Nicolini, F. Palermo, *For a new semantic of difference: cultural exception and the Law*, in 8(1) *Pòlemos. Journal of Law, Literature and Culture* 95 (2014).

⁵ J. Van Broeck, *Cultural defence and culturally motivated crimes*, in 9(1) *European Journal of Crime. Criminal Law and Criminal Justice*, 5 (2001).

⁶ M. C. Foblets, A. Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford and Portland Oregon (2009); A. Phillips, *When culture means gender: issues of cultural defence in the English Courts*, in 66(4) *Modern Law Review* 510 (2003); L. Volpp, *(Mis)Identifying Culture: Asian Women and the ‘Cultural Defence’*, 17 *Harv. Women’s L.J.* 57 (1994).

⁷ A. Shachar, *Demystifying culture*, in 10 *I-CON International Journal of Constitutional Law* 429 (2012); S. D’Hondt, *The Cultural Defense as Courtroom Drama: The Enactment of Identity, Sameness, and Difference in Criminal Trial Discourse*, in 35 *Law & Social Inquiry* 67 (2010).

happens when culture enters the courtroom, and more specifically how judges concretely deal with it, how they perceive, understand and shape their response to the “cultural question” in their daily decision-making, remains underanalysed.⁸

Adopting a strong ‘law in context’ perspective, the present research attempts to fill this gap. Indeed, by focusing on the “how” questions, this study aims to advance the understanding of the strategies adopted by judges to address the “cultural question” and, in doing so, it also suggests some hypotheses on the reasons why judges adopt a specific strategy. The main questions addressed in this article are the following: how do judges manage cases of cultural diversity? What are the outcomes of their judgments and what arguments are posited to justify them? Is there any recurrence among the main arguments used by judges in different legal systems? In order to answer these questions, the article draws on the results of socio-legal research aimed at identifying and analysing judicial reasoning (and decisions) in cases from 1993 to 2013 where “cultural arguments” were pleaded by the offender or raised by the judge, in Italian and English courtrooms.⁹ The decision to compare these two countries is based on the logic of the “most different cases”¹⁰: the two countries are characterised by different social, political and historical contexts, as well as significantly different judicial systems. Italy and the UK currently represent the second and the third EU countries with the highest share of foreign population in absolute terms.¹¹ However, the UK has experienced significant and long-standing migratory movements, whereas in Italy immigration is a rather new phenomenon. In particular, the UK’s long experience with the phenomenon of immigration can offer interesting insights into how “cultural arguments” have evolved in jurisprudence. In addition, the peculiar “judge-made law” system practiced in English courtrooms has produced ample literature and research on judicial decision-making¹², which, by contrast, is scarcely investigated in Italy. These differences may generate some fruitful causes for reflection.

The analysis of 68 judgments issued by Italian judges suggests *prima facie* a high regard for the cultural background of the offender. However, a more in-

⁸ E. M. Maeder, S. Yamamoto, *Culture in the Courtroom: Ethnocentrism and Juror Decision-Making*, in 10(9) *PLoS ONE*, (2015)

⁹ The reference to “English courtrooms” here includes the legal jurisdiction of England and Wales, but does not include the Scottish legal jurisdiction, given its distinct specificities and peculiarities. In particular, the Scottish legal system “has its own courts, rules of procedure and evidence, and even punishment. And, perhaps most significantly of all, unlike the civil law it is completely self-contained, there being no appeal to the House of Lords on criminal questions.” L. Farmer, *‘The Genius of Our Law...’: Criminal Law and the Scottish Legal Tradition*, in 55(1) *Modern Law Review* 25 (1992).

¹⁰ R. Hirschl, *The question of case selection in Comparative Constitutional Law*, in *The American Journal of Comparative Law* 125 (2006).

¹¹ EUROSTAT, Migration and migrant population statistics, ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics#Migration_flows:_2_million_non-EU_immigrants

¹² See among the others, J. Vidal, C. Leaver, *Social Interactions and the Content of Legal Opinions*, in 29 *Journal of Law, Economics, and Organization* 78 (2013); C. Hanretty, *Political Preferment in English Judicial Appointments, 1880–2005*, in *APSA 2012 Annual Meeting Paper*, 2012.

depth analysis reveals that the relevance given to the culture of the foreign offender has never been properly examined by the judiciary. On the contrary, judicial reasoning tends to be accompanied by prejudices and stereotypes. The culture of the “other” is commonly depicted as “barbaric”,¹³ “contrary to fundamental rights” and irredeemably irreconcilable with the Italian culture and the Italian system of rights.¹⁴ By contrast, English case law (18 judgments) reveals that, in English criminal courtrooms, the cultural argument is rarely used by the offender and, when used, it is rejected by judges. The judicial response, however, is often unclear. In fact, English judges do not directly address the issue, preferring to defer the question to the Parliament, or redefine the “culture” as “violence”, “abuse” or “control”.

Embracing strategies of “cultural reductionism” and “cultural denial”, Italian judges reveal a limited awareness of the complexity of cultural diversity, while English judges show uneasiness and disorientation in managing the “cultural factor”. The different approaches notwithstanding, results point to an interesting convergence, supporting the central hypothesis of this work: in the absence of policies and tools for managing cultural diversity in the courtroom, Italian and English judges try avoid directly addressing the “cultural question”. As a result, the lack of cultural sensitivity on the part of judges fuels cultural bias and stereotypes in cases where the offender belongs to a cultural minority. Ultimately, failing to understand the contextual specificities that may inform the crime risks undermining the right to a fair trial.

The discussion of the empirical findings is embedded in interesting research streams. First of all, recognising the cultural claim pleaded by the offender may convey the message that the offender’s whole minority group is bound by the same culture, customs and traditions. Meanwhile, the cultural argument in some senses may promote the depiction of the minority in terms of “otherness”.¹⁵ Therefore, Volpp cautions about the stereotypical and essentialist effects tied to the use of culture in the courtroom. As a consequence, one could conclude that giving relevance to culture in the courtroom is detrimental and, ultimately, counterproductive for the recognition of cultural diversity in the legal system. In the same vein, Fournier also points out that “racism is so deeply embedded in culture that even when, and perhaps especially when, the court is attempting to be culturally sensitive, stereotypes of good and bad, white and black, us and them, superior and inferior, linger as the background of the decision”.¹⁶ The case law collected in Italy and the UK appears consistent with this consideration and seems to provide further evidence of it. It is true that “racial imagery is central to the application of the cultural defence”¹⁷ and the recognition of cultural arguments in courtrooms may end up conveying

¹³ Cassazione penale, n. 3398 del 20-10-1999.

¹⁴ See paragraph 3.3.

¹⁵ L. Volpp, *(Mis)Identifying Culture: Asian Women and the ‘Cultural Defence’*, cit.; L. Volpp, “Talking culture”. *Gender, race, nation and the politics of multiculturalism*, in *Columbia law review* 1573 (1996).

¹⁶ P. Fournier, *The ghettoisation of the difference in Canada: “rape by culture” and the danger of a cultural defence*, in 29(1) *Manitoba Law Journal* 14 (2002).

¹⁷ Ibidem, 8

stereotypes about the minority group which the offender belongs to. However, stereotypes have not been created by judges, but are rather a reproduction, a translation of what already exists in society, in the collective imagination. To put it another way, the flaws do not lie in the cultural argument itself, but rather in its troublesome applications in the courtroom. Stereotypes do not belong to the category of culture per se, but are rather a product of the way in which the judiciary (and the defence) portrays the minority culture as a monolithic and static whole, where the peculiarities of the specific case and the specific context vanish.

Following a concise methodological note, the article discusses the outputs of the empirical research, highlighting the differences in the approach towards diversity management in the Italian and English courtrooms. Bearing in mind the specificities of the Italian and English contexts, the central hypothesis of this work is that, in both legal systems, the cultural background of the offender could have a role to play in the trial and in the adjudication of the crime. In some cases, the interaction between culture and crime, if adequately proven, should enter the courtroom and be acknowledged by judges, through various criminal law instruments.¹⁸ As pointed out by eminent authors, this argument is underpinned by the principle of (substantial) equality and the principle of individualised justice.¹⁹ However, as this article attempts to demonstrate, judicial failure to properly deal with culture in courts has to do with the lack of recognition (as well as knowledge) of the symbolic networks of meanings, which can be a feature of a criminal behaviour.²⁰ In order to properly address the “cultural question” judges and jurists must be equipped with specific tools of anthropological knowledge, to be obtained through official guidelines, *ad hoc* programs of legal education and a more structured use of cultural experts.²¹

2. Methodological references

Before presenting the results of the empirical investigation, it is essential to briefly illustrate the methodology used to identify and collect the relevant judgments. Like other analyses, the study does not rely on an *a priori* definition of culture.²² Instead, it compiles and examines all cases in which the cultural influence on the offender’s criminal behaviour emerges from the judgment, either

¹⁸ For a complete review of the main criminal law principles and instruments analysed by scholars to “bring culture into the criminal justice system” see C. Rigoni, *Crime, Diversity, Culture and Cultural Defense*, in *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, 2018, available at oxfordre.com/criminology/view/10.1093/acrefore/9780190264079.001.0001/acrefore-9780190264079-e-409.

¹⁹ W. Kymlicka, C. Lernerstedt, M. Matravers, *Introduction: Criminal law and cultural diversity*, in W. Kymlicka, C. Lernerstedt, M. Matravers (Eds.), *Criminal law and cultural diversity*, Oxford, 2014, 1-14.

²⁰ M. Ricca, *Culture interdetta. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013.

²¹ L. Holden, *Beyond Anthropological Expert Witnessing: Toward an Integrated Definition of Cultural Expertise*, in *Cultural Expertise and SocioLegal Studies*, 181-204, Published online: 12 Feb 2019.

²² I. Ruggiu, *Il giudice antropologo*, Milano, 2018, 54; E. M. Chiu, *Culture as justification not excuse*, in 43(4) *American Criminal Law Review* 1317 (2006).

because it is claimed by the offender, or is mentioned by the judge. Rather than conducting a theoretical analysis on the multi-layered concept of “culture”, we shall seek to explore how judges manage the category of culture in practice, which is precisely the objective of the study.

Accordingly, the study has taken into account all judgments containing a reference to the cultural features of the crime. However, at the same time, in order to delimit and identify a specific field of study, it was necessary to exclude some behaviours that were presented as more directly related to “subcultural” conditioning, or to the ideology of the individual offender. Moreover, this study does not deal with cultural conditioning due to the mafia or terrorism.

More broadly, for the purpose of this study, the term “minority” has been understood according to a relational meaning of “marginality/exclusion” in relation to the “dominant culture”, here understood as “the culture which provides the ideological basis of the criminal code and criminal laws according to which the offender is under trial”.²³ Accordingly, the study does not exclude so-called “national minorities”, that is, communities that, although not belonging to a different nationality, do not share the values and culture that inform the legal order in which they were born and live. This having been clarified, and bearing in mind the limitations illustrated above, the relevant case law was collected according to the following procedures.

Concerning the Italian cases, the study first started with the main legal databases, which were searched using keywords and articles of the criminal code traditionally associated with cultural crimes. Subsequently, in order to broaden the scope of the research the main legal journals were consulted.²⁴ In addition, the Association of Legal Studies on Immigration (ASGI) network was consulted by way of a public appeal addressed to all members (including professors, lawyers, magistrates), asking for judgments and cases related to cultural crimes from 1993 to 2013. Finally, in line with the interdisciplinary methodology adopted, the analysis of the judicial reasoning and outcomes of the decisions was bolstered with data emerging from semi-structured interviews conducted with judges, lawyers, scholars and activists belonging to minority associations.²⁵ More than two thousand cases were analysed. The definition of “cultural crime” established as relevant for the purposes of this study (as illustrated above) required a narrowing of scope at the end of which 68²⁶ relevant cases were identified.

²³ J. Van Broeck, *Cultural defence and culturally motivated crime*, cit., 11.

²⁴ The online databases Italgire and De Jure were used. The main legal journals, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, “Questione giustizia”, “Cassazione penale”, “Famiglia e diritto” were also consulted. The most reliable online legal journals were also consulted, in particular www.penalecontemporaneo.it; www.neldiritto.it; www.immigrazione.biz; www.immigrazione.it, www.stranieri.it. Finally the OLIR website was consulted (Osservatorio delle libertà e delle istituzioni religiose).

²⁵ In particular, in Italy these semi-structured interviews were conducted with 3 lawyers, 3 judges and 5 experts from Italian Universities and from associations working for the protection of minorities’ rights. Due to the sensitive nature of the topic, this research has taken into account all issues pertaining to research ethics, including data protection and informed consent.

²⁶ It must be highlighted that in Italy numerous judgments not only of the courts of first and

Like the research carried out on Italian case law, the collection of relevant English judgments began, first of all, from the major English legal databases (West Law and LexisNexis). Data was also collected from other sources, such as the relevant scholarship and the Crown Prosecution Service website.²⁷ The final step was to conduct semi-structured interviews with judges, lawyers, scholars, activists, and experts involved in some way with the issues surrounding "cultural crimes".²⁸

The study only considers English cases which presented a clear and explicit account of the defence's use or the judge's consideration of a culture-based argument. Eighteen such judgments were identified. The large disparity between the numbers of Italian and English cases can be partly explained with the religious and cultural exemptions explicitly provided within the UK legal framework, that is, laws whereby certain traditional practices are decriminalised or excluded from the application of criminal provisions.²⁹ Indeed, whereas the Italian legal framework only provides for a few cultural exemptions (under the Ministerial Decree of 11 June 1980, which authorises Jewish and Islamic ritual slaughtering, and Law No. 130 of 30 March 2001 concerning cremation), the UK has a richer history of legislative derogations: the 1902 Cremation Act, which, under certain circumstances, allows cremation of the deceased, the 1967 Slaughter of Poultry Act and the 1974 Slaughterhouses Act, which allow Jewish and Muslim ritual slaughtering of animals, the 1979 Motor-Cycle Crash Helmets Act, which exempts Sikhs from wearing a helmet when riding a motorbike, the 1988 Criminal Justice Act, which prohibits the carrying of knives in public unless they are carried for religious reasons and the 1989 Employment Act, which allows Sikhs to wear turbans at work instead of a safety helmet.

2535

However, these exemptions only address specific behaviors and specific groups (usually the most numerous and politically influential).³⁰ The politics of multiculturalism adopted in the UK could be regarded as a further explanation for the scant number of English decisions attributing relevance to the offender's culture. Indeed, the restrictive approach of the courts could be interpreted in the light of the politics of multiculturalism and openness towards minority demands for recognition. However, this argument as well fails to provide a reliable

second instance, but also of the Supreme Court are not published. Therefore, the collection of cases is not complete. In addition to this, it is necessary to point out a further limit: it is very possible that the cultural subject finds room within the trial, but is not mentioned in sentencing. That being said, it is important to emphasize that the underlying goal of this study is not to offer a complete list of cases concerning cultural crimes adjudicated in Italy. The aim, rather, is to provide a reliable database and empirical evidence, which can represent the basis for further research while increasing the awareness of these issues among legal practitioners.

²⁷ The Crown Prosecution Service is the principal public prosecuting agency for conducting criminal prosecutions in England and Wales.

²⁸ In particular, in the UK, the semi-structured interviews were conducted with a lawyer, a judge, 7 experts from English Universities and from associations working for the protection of minorities' rights, and an important expert anthropologist, prof. Roger Ballard, called to testify as an expert anthropologist in more than 400 judgments.

²⁹ C. Rigoni, *Crime, Diversity, Culture and Cultural Defense*, cit., 15.

³⁰ A. Bradney, *Religions, Rights and Laws*, Leicester, 1993, 6-7; S.Poulter, *Ethnicity, Law and Human Rights. The English Experience*, Oxford, 1998, 277 ff.

explanation, also because multiculturalism can no longer be considered as the UK's response to cultural diversity, as declared by David Cameron in 2011.³¹ The hypothesis put forward in this study is that the cultural uneasiness of English judges, along with their lack of tools and guidance to address these sensitive cases, should be regarded as the main reason explaining the infrequency of the “cultural argument” in English case law.

The paucity of English judgments on “cultural crimes” seems to be explained by two further circumstances. First, English scholars themselves note that, in the UK, the judiciary has always been reluctant to give recognition to the traditions and cultural practices of minorities.³² Second, apart from the pioneering book by Sebastian Poulter “English Law and Ethnic Minority Customs”, published in 1986, there are no further examples of scholarly works addressing the subject of “cultural crimes”, “cultural defence” or their role in the legal system.³³ However, further verification is warranted, also because first-instance judgments are not reported in UK. In any case, insofar as this study is concerned, the scarcity of English case law on “cultural crimes” cannot be considered as a bias-inducing factor. Firstly, the study is mainly founded on a qualitative approach. Secondly, it can be argued that the 18 English judgments already led to “data saturation”, considering that the 18 cases collected provide a complete “range of constructs” on which to build this study.³⁴

3. The cultural claim in Italian criminal law cases: the strategy of “cultural reductionism”

2536

In order to understand how Italian judges manage cases in which offenders belonging to a minority group invoke their cultural background, it is necessary to first present the data this study is based on.

As mentioned above, 68 relevant judgments were reviewed for the purposes of this study. However, given the high rate of unreported first- and second-instance judgments in Italy, it is likely that the cultural argument has

³¹ BBC News, “State multiculturalism has failed, says David Cameron”, 5 February 2011, www.bbc.co.uk/news/uk-politics-12371994.

³² A. Phillips, *When culture means gender: issues of cultural defence in the English Courts*, cit., 510-531; H. Power, *Provocation and Culture*, in *Criminal Law Review* 881 (2006), points out that in the UK it is possible to identify only a few judgments which explicitly make reference to the cultural factor; C. Bakalis, *The religion of the offender and the concept of equality in the sentencing process*, in 2 *Oxford Journal of Law and Religion* 440-461 (2013) where she argues that “the recognition of such a defence (i.e. the cultural defence, editor’s note) has never seriously been considered in the UK, and indeed has been the subject of a great deal of criticism here and elsewhere” (p. 444). The same author observes that “reported sentencing cases involving offenders and their religious beliefs are limited in numbers” (p. 443). See also G. R. Woodman, *The cultural defence in English Common Law: the Potential for Development*, in M. C. Foblets, A. Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence*, cit., 7-34.

³³ G. R. Woodman, *The cultural defence in English Common Law: the Potential for Development*, cit., 18. With specific reference to all forms of honour-related violence, the author highlights that in the UK “there is no literature which discusses it in terms of a possible cultural defence”.

³⁴ H. Starks, S. B., Trinidad, *Choose your method: a comparison of phenomenology, discourse analysis, and grounded theory*, in 17(10) *Qual. Health Res.* 1372, 1375 ff. (2007).

been made in many more judgments. Table No. 1 breaks down judgments in which the cultural argument was put forward according to outcome. There were 4 different outcomes: a) a 'pro reo' (i.e. in favour of the defendant) consideration of the cultural factor, that is, all cases in which the consideration of the cultural factor: 1) was given relevance (as a mitigating factor) at the sentencing stage, leading to a reduction of the sentence; 2) led to the ruling out of criminal liability (being considered a lawful justification); 3) affected the assessment of the conduct as a criminal offence; 4) led to the ruling out of criminal liability on subjective grounds (i.e. unavoidable ignorance of the criminal provision in question); b) a 'contra reum' (i.e. against the defendant) consideration of the cultural factor. This category includes all judgments in which the judge expressly considered the cultural argument as an aggravating factor; c) the cultural factor was not taken into consideration and was expressly rejected; d) the cultural factor was not taken into consideration by the judge, even though the defence expressly invoked it.

The cultural background of the offender was given weight in 36.7% of cases (considering both 'pro reo' and 'contra reum' decisions), while it was rejected in 44.1% of judgments, as shown in Table No. 1. The percentage of cases in which the judge failed to take into account the cultural argument, refraining even from mentioning it – these cases fall under category d) – is quite low at just 16.2%.

At first glance, it may seem plausible to assume that Italian judges are inclined to give weight to the defendant's culture (whatever the final verdict may be). However, if one looks closely at the figures and analyses the wording of these judgments, the majority seem to be characterised by a poverty of argumentation and vagueness of references, as this study will illustrate. The high number of judgments in which the cultural argument was introduced by the defence and taken into account by judges does not automatically imply a high cultural sensitivity of Italian judges and jurists. On the contrary, as this study will show, these judgments reveal a general tendency toward cultural stereotyping, suggesting that there is an urgent need to introduce and implement tools, practices and strategies aimed at reducing the recurrence of cultural bias in the courtroom.

In this regard, it is worth noting that in 15 out of the 25 cases in which a judge recognised the cultural argument put forward by a defendant in a 'pro reo' manner, this was done at the sentencing stage and was invariably accompanied by very weak reasoning (due, *inter alia*, to the high level of discretion given to judges under paras. 132 and 133 of the Italian Criminal Code).

Table No. 1: judicial decision with reference to the cultural argument

‘Pro reo’ (in favour of the defendant)	25/68	36.7 %
‘Contra reum’ (against the defendant)	2/68	2.9%
Rejected	30/68	44.1%
No reference	11/68	16.2%

3.1 Stereotyped concept of culture

With respect to the qualitative aspects that are the focus of this study, specific references to judicial reasoning will provide further evidence substantiating the argument put forward in this article.

First, it is possible to observe that there is no judicial consensus on how to conceptually address the cultural background of the offender: some judges make reference to “Islamic precepts”,³⁵ while others refer to “ethical and social traditions of a customary nature”³⁶ or to “traditional practices”.³⁷ However, sometimes, the confusion rises to higher levels, with judges presenting the offender’s customs, religion, traditions, and legal system as equivalent. In one criminal case concerning the violation of family maintenance obligations, the judge argued that the offender was required by “his culture and religion (and therefore law) of origin to support the child until puberty”.³⁸

In addition to the convoluted conceptualization of cultural crimes employed by judges (often only implicitly), another common practice should be noted: the tendency to talk about “other” legal/religious/cultural systems in a superficial and incorrect manner. Proper and accurate analyses of the cultural background of the offender are sometimes substituted by considerations of conventional wisdom surrounding the minority culture of the offender. As will be illustrated, judges often accept the cultural factor as presented by the defence, without asking for the necessary documentation or submission of due evidence. In a few cases, the judge alone introduces considerations in respect of the

³⁵ Cassazione penale, n. 22700, 28-01-2009. All the judgments are mentioned here according to the following structure: dd-mm-yyyy.

³⁶ Cassazione penale, n. 22700, 28-01-2009.

³⁷ Trib. Reggio Emilia, n. 1417, 21-11-2012.

³⁸ Trib. Genova 7-11-2003.

cultural background of the offender, without due accuracy or completeness of information.³⁹

The extent of the judiciary's inaccuracy in this area can be seen in the following extracts from cases of "involvement of children in begging" concerning Roma persons (emphasis added). According to Italian Criminal Court of Cassation judgment No. 29734, 04/05/2011 "... the defence has referred to the need not to criminalise "mangel" or begging traditionally practiced by Roma populations residing in Italy. You obviously need to pay attention to the actual situation in order not to criminalise *conduct that falls within the cultural tradition of people*, it being understood, however, that if certain practices, perhaps even customary and traditional, jeopardise fundamental rights guaranteed by our Constitution or conflict with criminal laws that seek to protect fundamental rights, punishment is inevitable. Practices which are contrary to our criminal law cannot be allowed". The same wording also recurs in Criminal Court of Cassation judgment No. 44516, 28/11/2008, while another decision reads: "... we cannot accept the defence's plea, according to which, *in consideration of the ancient cultural traditions of the Roma people, begging assumes the value of a real way of life*, the conduct of the appellant should be justified under paragraph 572, of the criminal code".⁴⁰

These references notwithstanding, expert anthropologists strongly exclude that the practice of begging can be considered to be an inseparable element of the Roma culture.⁴¹ Indeed, it is undeniable that the practice of begging may represent an important source of income for some Roma groups. However, it should also be borne in mind that not all Roma groups engage in *mangel*, and that within the same Roma community there are people who may not be at ease with the practice of begging.⁴² These observations highlight another judicial tendency: the so-called "culturalist tendency", that is, the tendency to look at a case and to interpret it by using solely the cultural lens.⁴³ Furthermore, by neglecting the peculiarities of a case, such as the specific economic and social circumstances, the courts open the door to stereotypes and to the "reification of culture", where culture is presented as a static, immutable and closed system.⁴⁴

In the absence of a contextualized approach – i.e. in a system marked by what we may label as "photocopy judgments" – Roma people are depicted as a

³⁹ See among others Cassazione penale n. 2653, 26-10-2011.

⁴⁰ Cassazione Penale, n. 37638, 15-06-2012.

⁴¹ L. Piasere, *Antropologia sociale e storica della mendicizia rom*, in 3 *Polis*, 367, see above all 369 (2000).

⁴² I. Ruggiu, *La diversità come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in Cherchi Roberto, Loy Gianni (eds.), *Roma e sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, Roma, 2009, 93, see above all 106 ff.

⁴³ I. Ruggiu, *Il giudice antropologo*, cit., 156 ff.; A. Simoni, *La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori rom tra diritto e politica*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2009, 99 ff.

⁴⁴ C. Geertz, *The interpretation of culture: selected essays*, New York, 1973; S. Benhabib, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, 2002; A. Phillips, *Multiculturalism without culture*, Princeton, 2007; U. Remotti, *Contro l'identità*, Roma-Bari, 1996.

homogeneous community, whose characteristics are defined by popular stereotypes rather than on the basis of a serious and specific anthropological analysis (Simoni 2002: 289).⁴⁵

Furthermore, the alleged Roma tradition is presented as something dangerous and threatening to “our” fundamental rights. As seen above, judges warn that these practices may “jeopardise fundamental rights guaranteed by our Constitution or conflict with criminal laws”. As paragraph 3.3. will further illustrate, the technique of portraying the “other” culture as being in opposition to “our” fundamental rights, among other things, and Roma people and the Roma culture as a minority and a culture impossible to reconcile with the rest of the society, reinforces the idea of a “culture clash”.

3.2 Culture and “universal principles”

A particularly widespread tendency amongst Italian judges involved in dealing with cultural crimes is to make reference to “universal principles”: the act committed by the defendant has a disvalue not only for the legal system, or for the majority culture. This disvalue is “universally perceived, regardless of membership in an ethnic group, because it contrasts with criteria – which are innate, natural rights antecedent even to legislation or case law – of peaceful coexistence among human beings”. These are the words used by a judge of the Tribunal of Turin, in a judgment concerning the criminal liability of two Roma parents for the offence of ill-treatment against their children M. and D.. The case is the result of the following accusation against the defendants: “having neglected to send M. and D. to school, having sent them to commit theft from the earliest age and having permitted them to perpetrate thefts in apartments, thus subjecting them to a degrading and wretched lifestyle, inspired by values contrary to civilian life, such as to negatively affect their personality and to place their future at stake”.⁴⁶

After the preliminary hearings and the testimony of the two children, the following circumstances emerged: a) the parents did not send them to commit theft and even reprimanded them when the charges were brought; b) those thefts were committed “for fun”; c) the stolen items were not brought home but resold by the two children to buy “clothes for themselves with the proceeds”. Based on this testimony, it was submitted that it was difficult to infer responsibility on the part of the accused in respect of the offence of ill-treatment (the judge made this observation in the judgment). Nevertheless – the judge went on to say – the defendants must be held liable for their omission, as they have done nothing to “deter minors from committing thefts, or oblige them to attend school”.⁴⁷

Thus having (supposedly) ascertained the objective element of the offence, the judge proceeded to examine the existence of the subjective element of the

⁴⁵ A. Simoni, *I giuristi e il “problema di una gente vagabonda”*, in S. Pontrandolfo, L. Piasere (eds.), *Italia Romani*, Roma, 2002, 265-287.

⁴⁶ Tribunale di Torino, 21-10-2002, para. 3.

⁴⁷ Tribunale di Torino, 21-10-2002, para. 2.

offence, i.e. the level of awareness of the parents as to the consequences of their actions as parents, in particular the poor living standards their children were subjected to as a result of their parental actions. In this case, the judge made reference to the so-called “*dolus eventualis*”, which entails proving that the defendant foresees and accepts the unlawful consequences of her/his action as a concrete possibility and highly probable outcome, but continues regardless. However, this requirement was disregarded by the judge of the Tribunal of Turin, who established the blameworthiness of the Roma parents on the grounds of the “universal disvalue”⁴⁸ of the defendants’ conduct. In particular, the judge noted that the offenders had already been convicted of theft. Furthermore, (s)he stated that they should have known the unlawful nature of their conduct because they had already been served with the charges of thefts against their children. Finally, the judge stressed that schooling falls within constitutional principles and therefore “as such, it cannot be seen as an expression of a mere cultural orientation imposed by the majority on the minority; moreover, the minority group cannot demand the immediate acceptance of its culture in the “host” society, without making an evaluation beforehand of the principles characterising it [...] (the custom of not sending daughters to school and not imposing school attendance on minors, in any case, certainly conflicts with our fundamental principles)”.

First, it is noteworthy that the judge spoke about a “host society” when talking about the Roma minority. However, Roma people may well be Italian citizens. Furthermore, these observations betray the stereotyping approach of the judiciary. Contrary to the wording of this judgment, which speaks about a “Roma custom”, not sending children to school cannot be considered to be part of “Roma culture”. In this regard, it can be particularly useful to report some of the evidence provided by the European Union Agency for Fundamental Rights in 2014.⁴⁹ According to these data, in Italy, only a percentage of between 0 and 4% of Roma children failed to attend school during the period of compulsory education.⁵⁰ Furthermore, the study also identifies some possible reasons for non-attendance. Among these reasons, the report points out some “financial reasons”, such as the need to work, and some “circumstantial reasons”, such as “long distance from school, marriage and childbirth or a lack of documents”.⁵¹ It is worth noting that the above-mentioned factors have more to do with social injustice and inequality than with Roma “cultural factors”, which are never mentioned by the study among the possible reasons for non-attendance.

The judge also failed to take into account the particular context (in this case, not only cultural, but also social and economic) in which the crime had been committed. Such a context, if adequately examined, could have been extremely relevant in assessing whether the defendants foresaw and accepted the ill-

⁴⁸ Tribunale di Torino, 21-10-2002, para. 3.

⁴⁹ European Union Agency for Fundamental Rights, *Roma survey – Data in focus. Education: the situation of Roma in 11 EU Member States*, Luxembourg, 2014.

⁵⁰ Ibidem., pp. 9 and 39.

⁵¹ Ibidem., p. 39.

treatment of their children as a highly probable consequence of their omissions.⁵² By abstracting from any peculiarities of the case, and relying on a universalistic system of value, the judge failed to properly evaluate the individual blameworthiness of the offenders.

3.3 *The “other’s” culture vs “our” fundamental rights*

This reference to fundamental rights allows us to introduce one of the most common lines of argumentation recurring in the Italian cases on “culturally motivated crimes”: the culture of the “other” is often rejected by Italian judges because it is contrary to “our” fundamental rights. The issue concerning the inherent conflicts among “cultural crimes” and rights has been widely treated by the specialist literature and this study does not intend to underplay the question. However, in Italian case law, the use of the argument “culture vs fundamental rights” is often irrelevant to the solution of the case, while conveying the idea of “clashes of values”.⁵³

A good illustration of this reasoning is offered by the Court of Cassation in judgment No. 12089, 28/03/2012 where the judges ruled on an appeal presented by a foreign offender charged with abuse and injury of his twelve-year old daughter. The man forced his daughter to memorise the verses of the Koran, with beatings and ill-treatment. However, this behaviour, according to the offender, was meant to respond to his religious code, to his idea of education, the role of “father-master”, fully legitimised by his cultural context. The Court rejected the arguments of the defence, by referring to the “theory of the insurmountable barrier which impedes the introduction into civil society [...] of customs, practices and costumes” which are “anti-historical compared to the results obtained in the affirmation and protection of the inviolable rights of the person”. At the end of its reasoning, the Court made only a short reference to the fact that, although he shared the same cultural roots, the brother of the offender protected his niece from her father’s abuses, calling the police to prevent further violence.

In another case, the offender, accused of crimes including threats, beatings, injuries, abuse, kidnapping, and sexual assault, argued that the judgment of the Court of Appeal had a strong ethnocentric flaw: the court used conceptual and evaluative patterns coming from the Western culture, without taking into account the different cultural and religious background of the accused. The Supreme Court did not dispute the framework of the defence’s argument, did not question whether the offender’s behaviour fell or did not fall within the “concept of family, coming from membership in his social group, which allows and even imposes such conduct”. Instead, the appeal was rejected because “the offender, as

⁵² Judges also used the argument of the “universal principles” in the following judgments: Cassazione Penale n. 37438, 13-7-2012; Corte d’Appello Venezia, 9-1-2006; Tribunale di Padova GUP, n. 446, 9-6-2005; Ufficio Indagini preliminari di Milano, 25-10-2000.

⁵³ E. Balibar, *Is there a “neo-racism”?*, in Etienne Balibar, Immanuel Wallerstein (eds.), *Race, nation, class Ambiguous identities*, London – New York, 1991, 17, see above all 21-22.

a citizen of Muslim religion, has a concept of family life and marital powers, [...] which is in stark contrast to the core standards underlying the Italian legal system and the concrete regulation of interpersonal relations”.⁵⁴

The judgments show the propensity of the judiciary to accept the claim by the defence that the crime is culturally motivated, in the absence of any evidence substantiating these claims and without ascertaining what the actual requirements of the Muslim religion are. Thus, while in many of these cases the cultural claims of the defence could be rejected on the basis of a lack of evidence, in this case, as well as in other judgments, “culture vs fundamental rights” is the line of argumentation used to solve the case, at the cost of reinforcing existing ethnic and cultural prejudices, which flow from an essentialist conception of culture.⁵⁵

A reductionist approach on the part of the judiciary can be regarded as a possible explanation for this trend. The sharp opposition between “us” and “them” avoids seeking any insight into the culture of the offender, presented as a compact and homogeneous whole.⁵⁶ Identities are completely defined just by contraposition. Hence, any explanation and contextualization appear superfluous. Fundamental rights, too, are invoked as a compact body, without specifying which particular principles are at stake.⁵⁷ As a result, the “other culture”, represented by the offender, appears to be irreconcilable and impossible to integrate. This irreconcilability, however, is simply presupposed and is not substantiated with any empirical evidence or elaborative reasoning.⁵⁸

Furthermore, by taking advantage of the consensus already existing around the category of “our fundamental rights”, a judge may easily attribute the necessary persuasiveness to the verdict, without any further argumentative efforts.

This judicial tendency may be seen as a further corroboration of the hypothesis of this study: as they lack tools for properly evaluating the role of the cultural factor and its relevance to the case in hand, judges rely on common wisdom and on what we may label as “argumentative shortcuts”.

2543

⁵⁴ Cassazione Penale n. 46300, 26-11-2008. See the observation of Pedullà, 2009. The author points out that in a similar case (Cassazione Penale n. 34909, 26-06-2007) concerning a Moroccan citizen accused of the offence of sexual assault against his wife, all considerations of the conception of the family currently extant in Morocco are missing. More specifically, no mention is made of the reform of family law in 2004 that made Morocco “a point of reference not only for the Maghreb countries but also for Muslims in general”.

⁵⁵ C. Geertz, *The interpretation of culture: selected essays*, cit.; S. Benhabib, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, cit.

⁵⁶ See e.g. S. D'Hondt, *The Cultural Defense as Courtroom Drama: The Enactment of Identity, Sameness, and Difference in Criminal Trial Discourse*, cit.

⁵⁷ See, among others, Cassazione Penale n. 32436, 02-07-2008.

⁵⁸ S. Fish, (1997), *Boutique Multiculturalism, or Why Liberals Are Incapable of Thinking about Hate Speech*, in 23(2) *Critical Inquiry*, 378, see above all 389 (1997).

3.4 *A stereotyped alphabet*

The reductionist approach to culture of Italian judges is also mirrored in the logic and the linguistic structure of the judgments.

Apart from a few exceptions,⁵⁹ judges have made reference to the culture of the offender in a generic and vague manner. Hence, while the solution of the case often relies on a decontextualized “clash of values”, the subjective profiles, related to the offender’s culpability, have rarely been taken into account: the cultural background and the extent of its influence on the offender’s behaviour are seldom addressed. Judges do not verify the degree of compliance of the offender with the traditions, religions, and cultures invoked. While a verification of the so-called “sincerity of belief” represents a necessary step within some jurisprudential traditions (such as the Canadian one), in Italy judges tend to assume it, or to reject it without providing any explanation.

Another interesting recurrence is represented by the use of rhetorical and para-logical reasoning. For instance, in some judgments, the judge reached a conclusion on the offender’s culpability and on his/her awareness of having committed a crime, by assuming the universality of certain values. So – employing a natural law argument – the negative value of the conduct is presented, as noted earlier, as “universally perceived, regardless of membership in a specific ethnic group, because it contrasts with criteria – which are innate, natural rights antecedent even to legislation or case law – of peaceful coexistence between human beings”.⁶⁰ These judgments offer an example of the so-called “petitio principii”, i.e. the “fallacy of assuming in a premise a statement which is taken to have the same meaning as the conclusion of the argument”.⁶¹ Another rhetorical technique is “tendentious presentation”, which recurs where the judiciary doubt the offender’s cultural background but omit to substantiate this doubt with any evidence. In this regard, judgment No. 446/2005 of the Tribunal of Padova, offers an eloquent example. In this case, the offender, “who belongs to the Muslim culture”, claimed to adhere to a way of life in which men and women do not have the same rights. The judge dismissed this claim, arguing that this non-egalitarian vision of the relationship between men and women “is more and more rare in moderate Muslim environments, such as in Morocco, due to a slow process of Westernisation, also promoted by mass media, with a tendency toward globalisation”.⁶²

In addition, judges speak about the “other’s” culture making frequent reference to the sphere of emotions, using terms such as “sensitive”, “repugnant”,⁶³ “reprehensible”,⁶⁴ and “aberrant”.⁶⁵ Judges talk about “ancestral

⁵⁹ Tribunale di Cremona 19-02-2009.

⁶⁰ Tribunale di Torino, 21-10-2002 where Roma people were accused of abuse against their children for having failed to send them to school and to prohibit them from committing thefts. The judgment is analysed in para. 3.2.

⁶¹ Petitio Principii or Begging the Question, definition in philosophy.lander.edu/logic/circular.html.

⁶² Tribunale di Padova, n. 446/2005.

⁶³ Tribunale di Torino, sez. riesame, ord. 3-11-1998.

cultural codes”,⁶⁶ while elsewhere the offender’s culture is described as being “barbaric”⁶⁷ or “anti-historical”.⁶⁸ Moreover, the use of “figurative speech” is common. An example is the theory of the “insurmountable limit/barrier” (represented by “our” fundamental rights), where the lexical combination creates a pleonasm, used by judges to emphasize the distance between “our values” and “theirs” (viewed as negative).⁶⁹

The above-mentioned aspects demonstrate a particular function of judgments: a persuasive one, aimed at creating a consensus around the verdict, rather than demonstrating its validity.⁷⁰ In other words, Italian judges dealing with “culturally motivated crimes” seem to draw on common wisdom and their (the dominant) socio-cultural and ethical heritage, rather than deciding the case by way of an accurate and correct analysis of the facts, on not only a legal, but also (anthropo-)logical level. However, it seems that the cultural insensitiveness of Italian judges cannot be explained with the unwillingness to give weight to the cultural background of the offender. If this were the case, judges would have ignored any cultural consideration or would have imposed a larger punishment based on the cultural argument. The evidence presented here seems to point toward another explanation: the frequent recourse to cultural stereotyping and reductionism rather suggest that judges lack the knowledge and awareness necessary in order to identify, recognise and properly address the “cultural argument”. The complexity surrounding the “cultural question” fails to be addressed by the judiciary, as in other cases requiring technical inquiries, for example, when a judge must adjudicate on a case concerning medical issues. In the Italian case law on “culturally motivated crimes” reviewed for this study, an expert anthropologist was present in just two of the 68 cases analysed.⁷¹

2545

4. The cultural claim in UK criminal law cases: the denial of culture

In English case law, the first point to be analysed is the small number of English judgments referring to the culture of the offender (a mere 18 cases). It is noteworthy that the cultural argument is absent even in cases which are, at least

⁶⁴ Cassazione Penale, n. 35496, 23-04-2012.

⁶⁵ Cassazione Penale, n. 35496, 23-04-2012

⁶⁶ Tribunale di Trento, 19-02-2009

⁶⁷ Cassazione Penale, n. 3398, 20-10-1999, the so-called “Bayrami” case.

⁶⁸ Cassazione Penale, n. 12089, 28-03-2012

⁶⁹ See among others the Court of Appeal n. 3398, 20-10-1999.

⁷⁰ M. Taruffo, *La motivazione nella sentenza civile*, 1975, 440 ff.. Also in civil law systems, one should not overlook the fact that judgments have a communicative function, as they are addressed not only to the parties to the proceedings, but also to higher courts, as well as to civil society as a whole. On this subject see also F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, 228 ff.; P. Bellucci, *Tra lingua e diritto: appunti di sociolinguistica giudiziaria italiana*, in *Quaderni del dipartimento di linguistica*, Firenze, 1995, 1 ff.; L. Lanza, *La motivazione della sentenza penale: decidere, scrivere, argomentare*, in *Incontro di studio sul tema: “La motivazione della sentenza penale”*, Roma, 14-16 September 2009, 15.

⁷¹ Corte d'Appello di Venezia 23-11-2012 and Corte d'Assise Pisa 15-03-2013. In the latter case, the judge observed that the opinion of the expert anthropologist was interesting but irrelevant for the adjudication of the case.

in theory, permeated by cultural factors (i.e. crimes such as circumcision or so-called “honour crimes”)⁷².

Some circumstantial inferences seem to confirm the conclusion of there being a low level of “cultural sensitivity” in English criminal courtrooms. A first indication of this comes from English law scholars, who observe that English judges have always been disinclined to give recognition to the right of minorities to follow their own traditions and cultural practices.⁷³ Furthermore, in the UK in general, little academic attention is given to so-called “cultural crimes”. Apart from the book “English Law and Ethnic Minority Customs” published by Sebastian Poulter in 1986, it is hard to find other examples of studies or scholars that explicitly focus on the issue of cultural crimes, or of a cultural defence against criminal charges, and the role of these phenomena within the legal system.⁷⁴

Finally, it is important to highlight another issue: lawyers themselves prefer not to use the “cultural argument”. It emerged from the cases surveyed that even where an offence is strongly imbued with cultural elements, the defence does not utilise the cultural argument at all, preferring to invoke different circumstances, such as the “clean criminal record” of the offender or his/her good character. This same attitude of the defence could be also seen as a sign of the reluctance of English judges to accept this kind of argument,⁷⁵ while contributing to explaining the exclusion of culture from the English courtroom.

An example of this attitude can be seen in the case of the young Kristy Bamu.⁷⁶ All the persons involved in this case hailed from the Democratic

⁷² Honour killing is commonly defined in the literature “as a response to the belief that a woman or girl has violated her family’s honour, usually because of perceptions of sexual impropriety”, A. C. Korteweg and G. Yurdakul, *Religion, Culture and the Politicization of Honour-Related Violence. A Critical Analysis of Media and Policy Debates in Western Europe and North America*, United Nations Research Institute for Social Development, 2010, 2. Concerning “honour killing” cases, see Court of Appeal, criminal division, *Regina v Mohammed Mujibar Rahman*, 26 January 2007, [2007 EWCA Crim 237] while concerning the crime of circumcision, see Court of Appeal Criminal Division, *R v M.B.*, 22 May 2013, [2013] EWCA Crim. 910.

⁷³ C. Bakalis, *The religion of the offender and the concept of equality in the sentencing process*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, cit., 443; A. Phillips, *Multiculturalism without culture*, cit., 881; G. R. Woodman, *The cultural defence in English Common Law: the Potential for Development*, cit., 18.

⁷⁴ G. R. Woodman, *The cultural defence in English Common Law: the Potential for Development*, cit., 18.

⁷⁵ In this regard, it is worth taking into account the profound influence that the Bench has on the Bar (J. Bell, *Judiciaries within Europe. A comparative review*, Cambridge, 2006, 326). In particular, as highlighted by Rt. Hon. Sir Robert Megarry, *Barristers and Judges in England Today*, in 51 *Fordham L. Rev.* 387 (1982) “the influence of the Bench is twofold”: first, it should consider that “most practising barristers-not all, but the great majority, hope that one day they will be offered a seat on the High Court Bench” (p. 395). Secondly, “every barrister realises that the judges play a large part in whatever standing and recognition he has, especially as the numbers of judges and practising barristers are so relatively small” (p. 396).

⁷⁶ It was not possible to find this judgment in the English legal database. The information provided is drawn from press reports. Concerning the argument of the defence, all press reports correspond. See in particular, BBC News, *Witchcraft murder: Couple jailed for Kristy Bamu killing*, 5 March 2012, www.bbc.co.uk/news/uk-england-london-17255470

Republic of the Congo. Kristy Bamu, aged only 15, decided to spend Christmas in London together with his sister, who had lived there for some time with her boyfriend, Erik Bikubi. Kristy's parents were going to arrive at the house shortly after Christmas. During his short stay, however, Kristie was subjected to atrocious and eventually fatal torture by his sister and boyfriend, who were convinced that the child was "possessed" by a malignant spirit and deserved to die. According to Judge Paget, "belief in witchcraft, even if it is genuine, cannot excuse violence". Kristy Bamu's sister and her boyfriend were sentenced to life imprisonment. It is noteworthy that the main argument of the defence is only indirectly related to cultural data, being focused rather on Erik Bikubi's mental deficiency. Last but not the least, nobody requested a "serious case review", i.e. the report that is drafted by the local body responsible for the protection of minors when a child dies as a result of ill-treatment in order to "identify what professionals and local organizations can do".⁷⁷ Yet, a statement released by the Victoria Climbié Foundation (VCF)⁷⁸ a few days after the trial suggested that it would have been important to have learnt more about the background of the perpetrators of Kristy's murder.⁷⁹ It would have been important to understand what might have influenced their belief in witchcraft, even more so given that the perpetrators grew up in England. In this respect, Mor De Dioum, co-founder of the VCF, highlighted that "considering the cultural background of the defendant does not mean to justify but to understand." It is noteworthy that this consideration came from the exponent of an association that had been attempting for years to protect the rights of children in a particularly complex and above all "culturally sensitive" field, that of satanic rituals and witchcraft.

2547

Obviously, no religious or cultural consideration can override the protection of children. However, the reluctance to speak about culture risks obscuring an important part of this crime, in other words, an important part of the context in which the crime was committed. Nonetheless, the issues of the offenders' culture was put aside. It is a theme too complex and sensitive to be addressed in a courtroom.

4.1 Solving the "cultural dilemma" is the responsibility of Parliament

This tendency to avoid cultural explanations and the cultural perspective can also be directly discerned in judicial reasoning. If we analyse the wording of English case law on "cultural crimes", one topic emerges with a certain frequency: that is, judges show an inclination to defer the solution of the "cultural dilemma" raised by the offender to Parliament.

⁷⁷ For further details on the "serious case review", see GOV.UK, Department for Education, Policy paper. 2010 to 2015 government policy: children's social workers, 8 May 2015, available at www.gov.uk/government/policies/supporting-social-workers-to-provide-help-and-protection-to-children/supporting-pages/serious-case-reviews-scrs

⁷⁸ For further details on this association, visit the following webpage: vcf-uk.org/

⁷⁹ See the following position statements: vcf-uk.org/it-is-not-illegal-to-believe-in-witchcraft-for-many-it-has-its-roots-in-ancient-traditions/ ; vcf-uk.org/vcf-position-branding-children-as-witches-a-call-for-legislation/

In the case of *The Queen v D (R) - The Crown Court at Blackfriars*,⁸⁰ which concerned a woman accused of bribing a witness, the judge was called on to decide on a marginal matter in the context of that judgment: whether or not the defendant was entitled to wear the *nikaab* during the hearings. Of particular interest, for our purposes, is the paragraph immediately following the description of the event, eloquently titled “the need for legal principle”. Here the judge, noting that there were no rules governing the matter, affirmed the need for a law, stating that “the relegation of such important issues to the sphere of ‘judge craft’ or ‘general guidance’⁸¹ has resulted in widespread judicial anxiety and uncertainty and to a reluctance to address the issue. To borrow and adapt slightly a phrase currently in vogue, the *nikaab* has become the ‘elephant in the courtroom.’ Trial judges need, not only general guidance, however helpful, but a statement of the law”. Having called for a parliamentary intervention, the judge then stated that he would attempt to adjudicate the case (para. 12).⁸² Leaving aside the decision taken, it is important to emphasise the particular argument that was used: the judge justified his decision on the basis of the highly adversarial character of the English law procedural model and on the principle of transparency in the administration of justice (so-called “open justice”). As the judge affirmed, these principles could be waived only when expressly permitted by the law. Hence, in the absence of such a law, such principles had to take precedence over the principle of freedom of religion in any balancing equation (para. 72).

2548

Two issues should be highlighted with regard to the judge's reasoning. First, there is an explicit appeal to Parliament to intervene to settle the question, thereby “freeing” the judges from “anxiety and uncertainty” (para. 12). He makes it clear that his decision will apply to any defendant, regardless of his/her gender or his/her religious faith (para. 12). These words seem to betray the fear of a possible accusation of discrimination that could be made against the judgment. This concern appears even more clearly in another paragraph of the judgment

⁸⁰ The Crown Court at Blackfriars, *The Queen v D (R) - The Crown Court at Blackfriars* – September 16, 2013. The judgment is not reported. However it is mentioned in another case (whether the witness has the right to wear the *nikaab* in court): AAN (Anonymity Direction Made) v The Secretary of State for the Home Department, Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber, 14 January 2014

⁸¹ Judicial College, Equal Treatment Bench Book, recently updated in 2018. See in particular, chapter 9 on “Religion”, which provides some guidelines on the religious dress that may be allowed in the courtroom.

⁸² It is worth noting the reference made by the judge to a judgment of the Supreme Court of Canada, (*R v NS*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726), which is openly used as a source on which to draw. Interestingly, the English judge decided to skip the first passage of the Canadian text: the one relating to sincerity of the belief. This subjective element is therefore completely set aside in order to focus on the religious practice (paras. 14–18). At the end of a lengthy, complex ruling, the judge decided that the difficult balance between the right to practice one's religion on the one hand and the principle of a “fair trial” and the good administration of criminal justice on the other hand must end see the assignment of a greater weight to the latter considerations than the former. Consequently, if the defendant is free to wear the *nikaab* during the trial, she must remove it whenever “superior” reasons are at stake, such as the need for her face to be clearly observed at the moment of the deposition (para. 82).

where the judge says: “...the Court must be conscious that it cannot apply the law differently on the basis of religion. [...] If D is entitled to keep her face covered, it becomes impossible for the Court to refuse the same privilege to others, whether or not they hold the same or another religious belief, or none at all” (para. 60).

Finally, another aspect of the judgment should be highlighted: the decision was carefully placed under the protective and authoritative “umbrella” of the law: the judge decided the case affirming that, in the absence of an explicit derogation from the principle of open justice, he cannot introduce it through case law. Since there is no statutory provision regulating the use of a *niquaab* in the court, the judge cannot allow it (para. 72). Through this line of argumentation, the judge defers the solution of the question to the Parliament: “it is a responsibility of Parliament”.

The same observations made above are also applicable to another case, which is particularly relevant for our purposes: *R v Andrews* – Court of Appeal – 5 March 2004.⁸³

Mr. Andrews, sentenced to 30 months in prison for importing cannabis, brought an appeal based *inter alia* on the claim that the statute which prohibits the importation of cannabis (section 170(2) Customs and Excise Management Act 1979)⁸⁴ is not compatible with Article 9(2) of the European Convention on Human Rights, which affirms the freedom to manifest one’s religion or belief. Mr. Andrews affirmed to be a follower of the Rastafarian religion. Consequently, for him, cannabis use (as well as its importation) had a value strictly related to the freedom of religion. In particular, cannabis facilitated the attainment of a condition of “peace and purification”⁸⁵ requested by the Rastafarian religion.

The Court, however, rejected this claim, affirming that (this is the last of the three reasons given) freedom of religion is not an absolute right but a relative one, so it can be subjected to some limitations (para. 7).⁸⁶ However, the balance between this right and the interests of public health was a question for Parliament: “Government authorities are in a much better position than this court to form an accurate assessment of the complex web of factors that would necessarily be relevant”⁸⁷. Thus, the Court did not conduct the balancing exercise itself. It did not set down the inadmissibility of the religious motivation or its subordination to other principles. Rather, the Court adopted another

⁸³ Court of Appeal Criminal Division, *R v Andrews*, 5 March 2004, [2004] EWCA Crim 947.

⁸⁴ 1979 Customs and Excise Management Act

⁸⁵ The judgment quotes the words of the defendant on the use of cannabis “the herb itself is referred to in the Scriptures in Genesis and has been put on earth for use and food for man. It has mystical qualities. It is used for purifying and for peace. American Indians use it in their peace pipes. It gets the skin clean and soft. I use it to cook, to season and flavouring. It is a good cleanser of your colon and it has a good flavour”.

⁸⁶ The Court referred to Art. 9 (2) CEDU, which states “Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

⁸⁷ *R v Andrews*, cit., para. 21.

approach, preferring not to address the question. The case involved extremely important and sensitive issues – the Court said – so, it was appropriate to defer the question to Parliament, the only entity entitled to decide on such matters.

The following case presents a similar line of reasoning: *R v Taylor*, Court of Appeal (Criminal Division), 23 October 2001, [2001] EWCA Crim 2263. Mr. Taylor, prosecuted at first instance for the possession of a considerable amount of cannabis, with the intent to supply, claimed in his defence that he was Rastafarian, and that his behavior "was part of his religion" (para. 5). More specifically, Mr. Taylor asserted that section 5 of the Misuse of Drugs Act 1971 (which prohibits the possession of cannabis with the intent to supply) did not meet the requirements of proportionality and necessity required by the second paragraph of Article 9² ECHR (proclaiming the freedom to manifest one's religious belief). The Court of Appeal rejected this ground for appeal (while ruling for a reduced sentence because of the religious motivation). However, the reasoning justifying the decision was rather brief and unconvincing; the Court found that Section 5 of the Misuse of Drugs Act 1971 represented a "necessary restriction" on the freedom to manifest one's religion or belief. This necessity derived from the UK's adherence to the "Single Convention on Narcotic Drugs of 1961" and the "United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances", which indeed provided evidence of an "international consensus" about the "necessity" of treating the possession of cannabis as an offence in order to fight the danger that drugs represented to health and public safety. However, it is clear that the adherence to these conventions is not sufficient, in itself, to justify either the decision to prosecute the possession and supply of cannabis or the decision not to include a specific exemption for Rastafarians (in this regard, a different decision was made by the Netherlands, which also signed these international Conventions). At the same time, the Court observed that "it is a complex issue, not easy for a Crown Court judge to resolve" (para. 14). Meanwhile, the prosecution lawyer pointed out that "the consideration of what defences may be appropriate, in relation to conduct which otherwise gives rise to a criminal offence, where the burden lies in relation to such defences and as to the nature of the burden, are all matters which are properly the province of the Parliament not the courts".

Against this backdrop, one may argue that deferring to Parliament in the decision-making process is correct: by doing this, judges are simply complying with their constitutional role. Judges cannot determine the law on cannabis use. Only Parliament can. It is not the judge's job to create a new defence. However, against this argument, two fundamental aspects need to be underlined. First, judges are required to abide by the principle of proportionality and balance in any case. When delivering a decision concerning the right to freedom of religion and the existence of a justifiable limitation of this right under Article 9(2) ECHR, judges have to grapple with the human rights framework and necessarily find a balance by deciding, for instance, in such cases, not to declare an incompatibility between Article 9 and the 1971 Act, leaving it up to Parliament to amend the

legislation accordingly. Second, as already pointed out by scholars,⁸⁸ in *Taylor* and *Andrews*, the judges also omitted to properly address the question of the relevance of the offender's religion at the sentencing stage, even though they were required to do so. Indeed, according to the ECHR decision in the case of *Okcuoglu v Turkey*,⁸⁹ "taking account of the religious context of the offending acts at the sentencing stage is imperative to legitimising any conviction where the defendant's behaviour could successfully claim to be a manifestation of religion".⁹⁰ What the Court in these cases should have done is to consider whether the defendant's religion could be used as evidence at the sentencing stage in relation to already existing mitigating factors, being "explicit in explaining what level of sentence is appropriate in order to ensure a sentence is proportionate".⁹¹ However, the judges opted out of directly addressing all the complexities revolving around the "cultural question". Hence, they failed to clarify the extent to which the defendant's religious belief should be given weight at the sentencing stage in order to ensure proportionality and, obviously, greater consistency among similar decisions.

These judgments seem to reveal the unease of UK judges when it comes to decisions that have many consequences not only on a juridical level, but also on a social level. However, it should also be pointed out that no clear guidelines have been provided by the Court of Appeal or the Sentencing Guidance Council on this point (Edge and Bakalis, 2009: 4267). Hence, using the words of Judge Murphy, judges are left alone with an "elephant in the courtroom",⁹² being aware of the issue retaining an enormous relevance within the English legal system. As highlighted by Lord Nolan:⁹³

"The powers and responsibility of an individual judge are immeasurably greater than those of an individual member of the executive or of the legislature. The judge may be overruled by three other judges in the Court of Appeal, and in rare case they in turn may be overruled by five judges in the House of Lords, but the power wielded by the judges over those involved in the cases before them and over the development of the law remains out of all proportion to the number of people exercising it."

4.2 Culture has nothing to do with this case: the strategy of "culture redefinition"

This tendency towards "culture avoidance" amongst English judges can also arise in other forms, such as what can be termed "redefinition strategy".

⁸⁸ C. Bakalis, *The religion of the offender and the concept of equality in the sentencing process*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, cit.

⁸⁹ *Okcuoglu v Turkey*, application No. 24246/94, 9 July 1999.

⁹⁰ C. Bakalis, P. Edge, *Taking due account of religion in sentencing*, in 29(3) *Legal Studies* 421, 426 (2009).

⁹¹ *Ibidem*, 427.

⁹² The Crown Court at Blackfriars, *The Queen v D (R)*, September 16, 2013, para. 12.

⁹³ Lord Nolan & Sir Stephen Sedley, *The making and remaking of the British Constitution. The Radcliffe Lectures at the University of Warwick*, London, 1996, 71, Cfr. in J. Bell, *Judiciaries within Europe. A comparative review*, 334.

Here judges manage the cultural argument raised by an offender by giving it another name: it is not culture – as the offender claims – but something else. This “something else” is invoked to explain the circumstances surrounding the offence. Generally, this alternative explanation revolves around unequal power structures and relations, around “patriarchy”⁹⁴ and a gender-based approach used to advance an understanding of the case which is different from the one proposed by the defence. Hence, the culture claimed by the offender to explain the case is redefined by the judge as “control” or “honour” or “revenge”. Whatever the label used by the judge, the logic underlying this operation is always the same: eliminating the “cultural explanation” and the “cultural argument” from the courtroom.

This practice of “redefinition” among the English judiciary is well illustrated by the judgment given in *R v B*, Court of Appeal, 12 February 2010. The facts of the case can be summarised as follows: B., the appellant, was convicted for an offence under Section 10 (1) of the Sexual Offences Act of 2003, for having induced her daughter, not yet sixteen, to have sexual intercourse.⁹⁵ The reason is clearly explained in the body of the sentence: B. learned that her daughter had a relationship with a boy at school. She disapproved of this relationship. Hence, after having consulted with some of her relatives – she was a widow – she decided to organise an “arranged marriage” for her daughter. The wedding was celebrated some time later, according to the laws of tradition. However, two months after the wedding, the groom, over thirty, began to abuse V. The relationship between the two ended shortly afterwards. The case was brought to the attention of the police in the following months, when V., involved in another relationship, feared that her mother might decide to arrange a new marriage and confided these fears to the school staff.

B., the defendant, was from a rural village in Bangladesh. She was illiterate and at the age of 15 she had also entered an arranged marriage. In light of the circumstances of the case, and B.’s particular cultural background, the defence invited the jury and the judge to consider that the behavior of B. had to be regarded as normal, “natural, given her cultural background”,⁹⁶ and an expression of pure affection. In other words, B. did what she did “out of love for

⁹⁴ Here patriarchy is understood as a “systems of sex- and age-related social inequality” (in which individuals have differing levels of access to power, capabilities, prestige, and autonomy). See S. Gruber and M. Szołtysek, *The Patriarchy Index: A Comparative Study of Power Relations across Historic Europe*, Max Planck Institute for Demographic Research, working paper, 2014, available at www.demogr.mpg.de/papers/working/wp-2014-007.pdf; the authors mention B. Niraula, S. P. Morgan, *Marriage formation, post-marital contact with natal kin and the autonomy of women: Evidence from two Nepali settings*, in 50(1) *Population Studies* 35 (1996).

⁹⁵ In particular, section 10 (1) of the Sexual Offences Act 2003, “Causing or inciting a child to engage in sexual activity” states: “A person aged 18 or over (A) commits an offence if a) he intentionally causes or incites another person (B) to engage in an activity b) the activity is sexual, and c) B is under 16 and A does not reasonably believe that B is 16 or over, or B is under 13”. The text of the Act is available here: www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents.

⁹⁶ Court of Appeal, *R v B*, 12 February 2010, para. 11.

her daughter and in what she believed to be her best interest”.⁹⁷ However, the judge referred to the report released by the Probation Office (which provides through-care (in prison) and after-care (post-release supervision) to those who have received custodial sentences) which contained a different explanation: it was not love, but control. “Mrs. B. was motivated by the need to control her daughter and felt that allowing her to get married and, therefore to engage in a sexual relationship as would be expected, was the best course of action for her”. Thus, “the need to ‘keep up appearances’ and to control her children generally in a traditional and draconian manner has led to this offence occurring”. The same consideration had already been made by the court at first instance, where the judge said that the marriage had been used by B. as a “means to control her child.”⁹⁸ Accordingly, the cultural background of B., which may well have conditioned the criminal behaviour – as the defence claimed – was obscured by another explanation: “the unlawful attempt to control her daughter”. Through this strategy of “culture redefinition”, the cultural background of the defendant's behaviour, was transformed and distorted in the judgments by giving it a different explanation: the conduct was just rooted in violence and control, which could justify the immediate custodial sentence.

In the case of “culture redefinition”, the lens of gender-based violence is used to substitute a culture-oriented understanding of the facts, in line with a trend that has been observed elsewhere.⁹⁹ This approach brings a number of important advantages: a) it eliminates the narratives that only non-Western women suffer “death by culture”;¹⁰⁰ b) it counteracts an essentialist view of culture and the consequent stereotyping; c) it enriches an understanding of the conduct, by unveiling the patriarchal structures which may have conditioned the offender. However, at the same time, substituting a cultural interpretation with a gendered one raises some concerns. As Purna Sen highlights, though it is incorrect to explain something only recurring in the cultural(ist) approach, “to deny specificity if it exists is also problematic”.¹⁰¹ Looking at an offence as the mere product of patriarchal structures is tantamount to offering another essentialist reading of the facts, of a gendered rather than cultural kind. As observed by Korteweg and Yurdakul, “This approach [the culture- blind approach] attempts to eradicate the cultural stigmatization of (Muslim) immigrant communities but at the price of marginalizing the complexities that structure women’s (and men’s) identities and practices. Ample literature has shown that people’s identities and practices are constituted in the intersections of race, gender, religion, national origin, ethnicity, class, sexuality and other social

⁹⁷ Idem, para. 11.

⁹⁸ See para. 12 (the Probation Office’s declaration) and para. 10 (the reference to the first instance Court).

⁹⁹ I. Ruggiu, *La risoluzione ONU del 2012 per l’eliminazione delle mutilazioni genitali femminili. Una lettura problematica*, in 7-8 *Studium Iuris*, 2014, 866.

¹⁰⁰ U. Narayan, *Dislocating cultures: Identities, traditions, and third-world feminism*, New York, 1997; Leti Volpp, *Feminism versus Multiculturalism*, in 101 *Colum. L. Rev.* 1181, 1185 (2001).

¹⁰¹ S. Purna, *Crimes of honour: value and meaning*, in L. Welchman and S. Hossain (eds.) *Honour: Crimes, paradigms and violence against women*, London, 2005, 50.

divisions, but culturally blind approaches ignore all but the gender dimension”.¹⁰² Indeed, according to a more intersectional understanding,¹⁰³ there are multiple factors, circumstances and references to take into account when considering the motives of a crime, including the cultural background of Ms. B. which – according to the report of the Probation Office – acted “in keeping with her own background”. The same Probation Office elsewhere observed that “when explaining why this offence occurred, it is difficult to point to one area of motivation”.

However, when the time came to decide the case, all reference to culture disappeared both in the Probation Office report and in the judicial reasoning. The cultural explanation was eliminated. Only violence and the need to control remained to characterize the circumstances of the offence. To paraphrase the judge’s reasoning: “when there is violence, any cultural reference disappears and cannot have recognition”. However, in this way, judges have removed from the process an element that, if supported by an appropriate probationary basis, could provide important information about the defendant, which could contribute to assessing the circumstances of the offence and, consequently, to determining the appropriate sentence.

Even if, at first glance, this judicial approach may appear different from the one adopted in the cases of Andrews and Taylor mentioned earlier, the judges are similarly eradicating any cultural reference from the judicial discourse. As the scarcity of cases seem to demonstrate, as well as the judicial reasoning here analysed, in the UK judges do not allow the cultural explanation to enter the courtroom. As analysed above, when asked to adjudicate on culturally sensitive issues, UK judges tend to defer the question to Parliament even if they could have sought a balance between rights or declared the incompatibility between existing law and the rights under the Human Rights Act of 1998. Above all, as observed, judges refrain from mentioning the cultural argument even at the sentencing stage, where they would have more room for discretion. This culture-blind approach cannot be seen as the result of a clearly defined and coherent strategy adopted by the whole UK judiciary to address cases in which the cultural argument is put forward by the offender.

These cases seem rather to show that members of the judiciary feel anxious and uncomfortable when it comes to adjudicating on such a sensitive issue, as revealed by the judge in *The Queen v D (R) - The Crown Court at Blackfriars*, who talked about judges’ “anxiety and uneasiness”.¹⁰⁴ Further evidence of the

¹⁰² A. C. Korteweg and G. Yurdakul, *Religion, Culture and the Politicization of Honour-Related Violence. A Critical Analysis of Media and Policy Debates in Western Europe and North America*, cit.

¹⁰³ K. W. Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in 43 *Stanford Law Review* 1241 (1991). N. Ghanea, *Women and religious freedom. Synergies and opportunities*. United States Commission on International Religious Freedom, Washington, 2017; E. Halim Chowdury, *Rethinking patriarchy, culture and masculinity: transnational narratives of gender violence and human rights advocacy*, in 16 *Journal of International Women’s Studies* 98 (2015).

¹⁰⁴ The Crown Court at Blackfriars, *The Queen v D (R)*, cit..

difficulty in addressing culture in the courtroom may also be found in a passage of the sentence commented on above, where the judge of first instance felt the need to justify his judicial activity. Indeed, interestingly enough, after having decided the case, the judge needs to clarify that he does not intend to sentence the “offender’s culture”, but solely her criminal behaviour: “I am not here to punish you for arranging the marriage to K. I am not here to condemn the practice of arranged marriages. My task is to sentence you for the unlawful sexual activity which followed and which you knew would follow the ceremony in your home”¹⁰⁵. As previously observed in reference to Italy, in the UK as well judges do not show an ability to properly manage the “cultural argument”. Without any guidance provided by the law, precedents or guidelines of the Sentencing Guidance Council, judges are left alone to decide on extremely sensitive cases. Culture is seen as a taboo, carrying with it the risk of being accused of racism. UK judges seem to be affected not only by the lack of clear guidelines and specific training on culture-related matters, but also by the extremely sensitive nature of the subject of culture. Therefore, they prefer to leave culture out of the courtroom.

5. The judiciary and the(ir) culture: the need to improve cultural competence and sensitivity

Delivering justice in a multicultural society is a complex task. On the one hand, there are the ontological features of the law and its codes, both universal and general, which are juxtaposed to narratives produced by the very culture of the courtroom and the society in which the judge lives. On the other hand, there are the specificities of the context, which include the offender’s cultural background, as well as his/her interactions with a given society and its set of cultural, religious or traditional features. All these complex and intertwining aspects need to be grasped by judges and to be taken seriously.

Nonetheless, as the case-law surveyed shows, culture is rarely given proper consideration in Italian and English courtrooms, where a correct and accurate culturally sensitive analysis is seldom applied by judges.

As seen, in Italy judges often resort to generalisations and stereotypes. Their reasoning is often grounded in common wisdom rather than in detailed analysis; they rely on repetitive formulae, and phrasing that is laden with emotive connotations. In English courtrooms, by contrast, judges keep cultural considerations out of the courtroom altogether by deferring the solution of “cultural dilemmas” to Parliament. It can be argued that in the English legal system, as already observed, the “judge-made law” system is likely to play an important role in the judicial attitude towards cases involving conduct that is alleged to be culturally motivated. In the absence of statutory provisions for dealing with cases of cultural diversity in the courtroom, it is hard for individual judges to set down rules which could serve as a guide to judges called on to

¹⁰⁵ *R v B*, Court of Appeal, 12 February 2010, cit., para. 11.

handle similar cases after them. Furthermore, it is necessary to bear in mind the constitutional limits surrounding the role of the judiciary, which cannot “create new law”, but just interpret it. However, even in UK courtrooms, the few cases of cultural crimes identified were not exempt from stereotypes or from a lack of insight into the cultural claim made by the offender. Furthermore, the judges also generally refused to take into account the offender’s culture and religion at the sentencing stage, though they could have done so in accordance with the general guidelines and principles in this area.

Hence, by embracing strategies of “cultural reductionism” or “cultural denial”, English and Italian judges try to avoid having to directly address issues tied to the cultural background of the offender and decide on its legal relevance. Important differences notwithstanding – the background, contexts and legal systems underlying the case law collected in Italy and England are profoundly different – we may see an interesting convergence linking the Italian and English judicial cultures: the lack of cultural competence and sensitivity.

Nonetheless, blaming judges alone for these shortcomings would be an oversimplification. As seen, there are no laws or general guidelines to help judges with the complex task of managing such sensitive issues. Both Italian and English judges seem to lack the necessary tools for properly assessing the cultural explanation. What the evidence seems to suggest is that the failure to address the cultural argument is not the result of judicial unwillingness to give recognition to culture in the courtroom. The judicial approaches observed in Italy and the UK rather suggest that judges fail to properly deal with culture because of their lack of knowledge about culture and how and to what extent it can influence criminal behaviour. Clearly, the lack of specific knowledge is further exacerbated by the lack of guidance provided by laws or other instruments that could help judges to give due relevance to culture within the criminal justice system. In this regard, the present study seeks to lay the ground for further research into the role of legal education and the need for expert anthropologists who can support the complex activity of delivering justice in a multi-diverse society.¹⁰⁶

Indeed, the culture of the offender is a factor that could provide important insight and enable judges to gain a thorough understanding of the subjective and objective elements of the offence and, therefore, result in a just outcome and a fair trial. Furthermore, as observed elsewhere, proper consideration of the “cultural question” by judges may end up benefitting not only the offender or his/her minority group, but society as a whole and, consequently “every one of us”.¹⁰⁷

The “canary in the coalmine” metaphor derives from the fact that miners used to carry a canary along with them into the dark underground caves. The

¹⁰⁶ M. Sagiv, *Cultural bias in judicial decision making*, in 35 *Boston College Journal of Law & Social Justice* 229 (2015). Holden L. (eds.), *Cultural Expertise and Litigation: Patterns, Conflicts, Narratives*, London-New York, 2011

¹⁰⁷ E. Olivito, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in 1 *Politica del diritto*, 2007, 71, 76 ff.

custom was of vital importance: when the canary began to breathe badly, it was a sign that the miners had to leave the mine. The respiratory system of the bird, being particularly fragile and sensitive, served to alert the miners that the air had become poisonous and that it was necessary to flee before the gases became potentially fatal. This story exemplifies how the dynamics and, above all, the gaps in the delivery of justice to minorities (and the recognition of their claims) inevitably involve the entire legal system, highlighting the critical issues and the failures in terms of protection.¹⁰⁸

As said earlier, allowing due consideration of culture in the courtroom does not mean to justify, but rather to understand. This is crucial not only in order to comply with the principle of substantial equality, which calls for differences to be taken seriously, and the principle of individualised justice, whereby the offender's background must be taken into account (to a given degree). Indeed, a deeper understanding of the specificities of the context, including the cultural factors surrounding the events, is also essential for the victim(s), the fulfilment of whose demand for justice also involves a thorough comprehension of the circumstances surrounding the crime. Finally, a more culturally sensitive delivery of justice is also in the interest of the society affected by the crime, which is called upon to develop more effective instruments in order to better address the needs of victims and offenders, thereby improving justice for all.

¹⁰⁸ K. Thomas, G. Zanetti, *Legge, razza e diritti. La critical race theory negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, 2005, 127.

La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità

di Vincenzo Pepe

Abstract: The constitutional transition of New Caledonia between autonomy, multiculturalism and identity protection – The experience of New Caledonia represents an emblematic case of a multicultural society influenced by globalization, the crisis of sovereignty of the French national state, but above all by the claim of the diversity and cultural identities of the Kanak. The victory of the "No" in the referendum of 2018 in New Caledonia represented the contrast between the identity instances of native peoples and the assimilationist policies typical of French nationalism. The future of New Caledonia must be sought in a balance between the protection of Kanak's identities and the indivisibility and unity of the French model.

2559

Keywords: Referendum of 2018 in New Caledonia; Assimilationist policies; Bipolarisation of political and social life; Multicultural society; Equality and fraternity.

1. L'unità e l'indivisibilità della Repubblica francese e la specificità costituzionale dei territori d'oltremare: l'esperienza sui generis della Nouvelle Calédonie

Il principio di unità della Repubblica è, in Francia, un mito fondatore e strutturante dello Stato costituzionale che plasma, ancora oggi, le persone e la loro lingua, la loro sovranità e il loro diritto, sino a definire il territorio e la complessa organizzazione amministrativa e politica della Francia.

Insieme ai principi dell'unità del popolo francese e della sovranità della Repubblica¹, allo stesso modo, il principio costituzionale di *indivisibilità territoriale* costituisce uno dei pilastri della tradizione repubblicana.

Tuttavia la Costituzione francese individua la specificità dei diversi territori d'oltremare, precisando, all'articolo 72-3, che "La Repubblica riconosce, in seno al

¹ Sul concetto di indivisibilità della Repubblica francese si veda J.F. Brisson, *La Francia è una Repubblica indivisibile... la sua organizzazione è decentralizzata!*, in *Amministrare*, 2/2003, 225-230; R. Debbasch, *L'indivisibilité de la République*, in B. Mathieu, M. Verpeaux (cur.), *La République en droit français*, Paris, 1996, 75; J. C. Maestre, *L'indivisibilité de la République française et l'exercice du droit à l'autodétermination*, RDP, 1976, 431; T. Gründler, *La République française, une et indivisible?* in *Revue du Droit Public*, 2007, 445-477. C. Lechervy, *L'intégration régionale de la France dans le Pacifique océanien, une diplomatie multimodale*, in *Le Journal de la Société des Océanistes* n°140, 2015.

popolo francese, le popolazioni d'oltremare, in un ideale comune di libertà, uguaglianza e fraternità”².

In questo quadro i diversi territori d'oltremare³, con la loro peculiarità storica, etnica e politica, fanno parte del territorio nazionale francese e contribuiscono a disegnare la geografia multiculturale di un tradizionale modello di Stato Nazione.

Si tratta di una compagine territoriale molto eterogenea, ove ciascuna entità presenta caratteristiche morfologiche e politiche diverse e che a loro volta sono rette da disposizioni costituzionali e amministrative molto differenti.

L'indivisibilità del territorio della Repubblica e il riconoscimento costituzionale dei territori d'oltremare sembra quasi costituire un paradosso istituzionale che presenta una originalità per gli studi comparatistici: se da un lato, la Francia è conosciuta nel mondo per la sua tradizione giacobina⁴, centralista e assimilazionista, essa presenta, più di ogni altro paese colonizzatore, il numero più alto di territori d'oltremare, avendo conservato nel tempo la sua linea di confine (politico e amministrativo) oltre il ben noto perimetro dell'esagono.

Tra i territori d'oltremare, particolare interesse assume la Nuova Caledonia che fa parte di quelle entità che hanno in comune tra loro la lontananza dalla metropoli, il passato di colonie francesi e le differenze di storia, etnia, cultura, ambiente e clima, rappresentando uno smembramento dello Stato francese che resta, in ogni caso, artefice della loro organizzazione politica e amministrativa⁵.

L'arcipelago comprende la Grande Terre, due volte più grande della Corsica (lunga 400 km e larga 50 km), le quattro isole Loyalty (Ouvéa, Lifou, Tige e Maré), l'arcipelago di Belep, l'isola Pini e alcuni isolotti lontani. La zona economica esclusiva copre 1,4 milioni di km² (metà della superficie del Mar Mediterraneo)⁶.

Questa collettività d'oltremare presenta uno *status* speciale tanto da essere definita come un territorio d'oltremare c.d. *sui generis* a cui viene riconosciuta a livello costituzionale una particolare forma di autonomia⁷; si tratta di un modello

² Per un commento sull'art. 72 della Costituzione francese, vedi P. Lavigne, *Article 72*, in G. Conac, F. Luchaire, (eds.) *La Constitution de la République française*, Paris 1987, 1211; L. Favoreu, L. Philip, *Lois de décentralisation (décision du Conseil constitutionnel n. 137 DC du 25.02.1982)*, in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 1995, 484; D. Amirante, *L'organizzazione di governo delle collectivités territoriales françaises*, in S. Gambino (eds.), *L'organizzazione del governo locale*, Rimini, 1992, 251. D. Amirante, *Centralismo e decentramento: il governo degli enti locali in Francia*, in AA.VV., *Federalismo, sistemi regionali e governo locale in alcune esperienze europee*, Cosenza, 1986.

³ F. Lemaire, *L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 35, no. 2, 2012, 95-109.

⁴ F. Melin-Soucramanien, *La nouvelle-Calédonie après le référendum d'auto-détermination du 4 novembre 2018*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 499-506.

⁵ J.Y. Faberon, *Le Statut des territoires d'outre-mer*, in *Les petites Affiches*, 95, 9 août 1991, 34; P. Lampue, *Droit d'outre mer et de la coopération*, Paris, 1968, 80; C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Thèse de droit public, Aix Marseille, 1993; M. Bourjol, *Statut constitutionnel des collectivités territoriales: exercice de la libre administration*, in *Juris cloasseur Collectivités locales*, I, 23.

⁶ R. Blazy, O. Rauch, *Géographie: la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française*, Nouméa, 1990.

⁷ Sul punto si veda *Des statuts de plus en plus différenciés*, in <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/outre-mer/statuts-differencies.shtml>.

differenziato che trova fondamento istituzionale nell'accordo di Nouméa del 5 maggio 1998, approvato durante la consultazione elettorale dell'8 novembre 1998, e nella legge organica n. 99-209 del 19 marzo 1999 che stabilisce, nel dettaglio, il perimetro in cui è articolata l'evoluzione istituzione della Nuova Caledonia per venti anni.

In questo quadro, particolare rilevanza per gli studi comparatistici assume l'attualità della prospettiva istituzionale della *Nouvelle Calédonie* che ha attraversato, come è noto, un processo evolutivo ancora *in itinere*, contraddistinto da una complessa quanto tempestosa transizione costituzionale⁸ in cui si sono susseguite, in ordine temporale, forze centripete, spinte indipendentiste, accordi istituzionali, sino a giungere al referendum del 4 novembre 2018⁹ che ha segnato, con molta probabilità, l'inizio di un percorso di emancipazione più libero e democratico.

2. Il processo di transizione costituzionale della Nuova Caledonia: dal modello assimilazionista francese ai tentativi di decolonizzazione.

La storia della *Nouvelle Calédonie* è anzitutto la storia di un arcipelago¹⁰ abitato sin dai tempi più antichi dalla comunità dei c.d. *Melanesiens*, oggi chiamati Kanak¹¹, che hanno rappresentato il primo popolo autoctono di un territorio ricco di diversità etniche e culturali, ma destinato a diventare successivamente una delle più interessanti colonie francesi¹².

La storia costituzionale della Nouvelle Calédonie rappresenta un percorso che possiamo suddividere, anche a fini di chiarezza espositiva, in tre periodi che descrivono molto bene la transizione istituzionale di questo territorio.

Come molte società postcoloniali, anche la Nuova Caledonia ha attraversato diverse fasi di transizione: pre-coloniale, coloniale e post-coloniale, e ha vissuto, nel corso della sua storia, un processo di riconfigurazione istituzionale, una riorganizzazione politica, una ricostruzione socio-economica e culturale. Questi cambiamenti hanno reso questa società come un crogiuolo di culture che costituisce il risultato di diverse forze caratterizzate da molte contraddizioni.

Nel Pacifico, paesi come la Nuova Caledonia sono esempi perfetti di società complesse e plurali, ove le diverse realtà sociali e i diversi gruppi che abitano il territorio sono ancora alla ricerca di un destino comune¹³.

⁸ E. Cartier, *Les transitions constitutionnelles: continuité ou discontinuité de la légitimité en droit*, 233-254 in L. Fontaine, *Continuité ou discontinuité de la légitimité en droit*, in *Droit et Justice*, n° 96, 2011.

⁹ F. Luchaire, *L'outre-mer français aujourd'hui*, in *Revue française d'administration publique*, 1/2002, 9-13 ; N. Maclellan, *The Noumea accord and Decolonisation in New Caledonia*, in *The Journal of Pacific History*, 34,3, 1999, 245-252.

¹⁰ Arcipelago situato nell'oceano pacifico a 1550 km a est dell'Australia e a 2000 km al nord della nuova Zelanda.

¹¹ C. C. Laurent, *Calédoniens*, Ateliers Henry Dougier, coll. «Lignes de vie d'un peuple», Paris, 2017.

¹² V. Soula, *Histoire littéraire de la Nouvelle-Calédonie (1853-2005)*, Paris, 2014, 323.

¹³ G. Agniel, *De la collectivité humaine à la collectivité locale de droit commun: l'évolution vers la structure communale en Nouvelle-Calédonie (1853-1977)*, Nouméa, 1993.

In questa esperienza l'ingegneria costituzionale può essere considerata una sfida importante per un popolo che sembra voler tagliare il cordone ombelicale con la Repubblica francese e proclamare l'indipendenza dalla Francia.

2.1 La prima fase del processo di transizione: la fase coloniale

Il primo periodo della transizione costituzionale è sicuramente rappresentato da un lasso di tempo di circa un secolo, che va dal 1853 al 1957, e che può essere definito come fase coloniale. Si tratta di un periodo che inizia ufficialmente con l'istituzione della colonia francese e che culminerà con il riconoscimento del suffragio universale e con il diritto di voto ai Kanak.

La storia politica della Nuova Caledonia, un arcipelago situato nel Pacifico a nord della Nuova Zelanda, cioè la storia della sua dominazione, inizia nel 1853 con la presa di possesso dell'isola, su ordine di Napoleone III, da parte del contro ammiraglio Febvrier-Despointes che pronunciava le seguenti parole: *"...Oggi, 24 settembre 1853 alle tre del pomeriggio, in virtù degli ordini del Governo francese, io prendo ufficialmente possesso in nome dell'Imperatore e per la Francia dell' isola della Nuova Caledonia e del suo arcipelago, sulla quale pianto la bandiera francese ed io dichiaro a tutto il mondo che a partire da oggi, questa terra è francese ed è proprietà nazionale...."*. È un anno dopo, nel 1854, che viene fondata Port-de-France (Nouméa). Il territorio occupato dai francesi conserverà lo *status* di colonia fino al 1946. Inizialmente la storia di questo paese è caratterizzata dalla c.d. "colonisation penale"¹⁴; dal 1864 al 1896, infatti, questa colonia penitenziaria è stata usata come luogo di deportazione¹⁵.

Bisogna aspettare il 1897 quando il governatore Feuillet decise di dirottare i forzati su Cayenne in modo da aprire le porte ad una immigrazione volontaria; è da questo momento che (tra il 1895 e il 1900) molte terre sono sottratte ai Kanak¹⁶.

In questo periodo e sino alla fine della seconda guerra mondiale l'evoluzione politica è interamente dominata dall'amministrazione statale che nega, con misure repressive e usurpazioni, ogni diritto politico alle popolazioni indigene.

Alla fine di questo primo periodo storico, ed in particolare dal 1944 al 1947, il *Code de l'Indigénat* viene soppresso gradualmente ed in tre tappe: 1) con l'Ordinanza del 7 marzo 1944 viene disposta la soppressione dello statuto penale dell'indigenato; 2) con la *Loi Lamin Gueye* del 7 aprile 1946 viene attribuita la nazionalità di Francia a tutti i francesi, compresi gli indigeni; 3) con lo Statut del 20 settembre 1947 viene assicurata a tutti l'uguaglianza politica e l'accesso alle istituzioni.

¹⁴ M. Cormier, *La colonisation pénale*, Nouméa, 1993; C. Debien, *La colonisation pénale en Nouvelle-Calédonie, l'exemple des concessionnaires de Pouembout 1883-1895*, Nouméa, 1992.

¹⁵ L. Beauchet, *Transportation et colonisation pénale à la Nouvelle-Calédonie. (Deportazione e colonizzazione penale alla Nuova Caledonia)*, in *Revue politique et parlementaire*, Tomo XV, n. 43, 1898, 253-254.

¹⁶ Cfr. Dossier «Kanak Nouvelle-Calédonie: situations décoloniales», in *Mouvements*, Vol. 3, n° 91, 2017, 7-168.

Infatti, dopo la seconda guerra mondiale, inizia una nuova fase anche per i Kanak¹⁷ e la Nuova Caledonia passa da uno Statuto di possesso coloniale a quello di "collettività territoriale della Repubblica"; nasce una vera e propria vita politica, con l'istituzione dei partiti politici e di sindacati che determineranno l'abolizione dell'indigenato, l'acquisizione della cittadinanza francese e l'appellativo per la Nuova Caledonia di terra d'oltremare.

In questo quadro a partire dal 1946, con l'abolizione dello *status* d'indigeno, le popolazioni autoctone acquistano la cittadinanza francese e partecipano alla vita politica. Ciò rende possibile, sul piano democratico, la creazione di partiti politici; il primo tra questi è il Partito Comunista Caledonese sorto nel 1946 per opera di Jeanne Tunico, ma subito dopo nascono due associazioni per controllare la popolazione Kanak, l'Unione degli indigeni caledoniani amici della libertà nell'ordine (UICALO) d'ispirazione cattolica e l'Associazione degli indigeni caledonesi (AICLF) d'ispirazione protestante. Negli anni '50 queste due Associazioni si fondono dando vita all'Unione Caledonese (UC) che raggruppa non solo gli indigeni ma anche operai, impiegati, ecc., in un programma di promozione del popolo autoctono e di giustizia sociale, secondo lo slogan "Due coloni, un solo popolo".

L'Unione Caledonese sin dalle prime elezioni del 1953 diventa il partito egemone ottenendo 15 seggi su 25 nel consiglio generale esprimendo, altresì, un deputato e un senatore. A fronte delle vittorie dell'Unione Caledonese (UC) gli europei si organizzano in un movimento d'ispirazione gollista (Rassemblement caledonese) che diventa ben presto un partito nazionale contro l'Unione Caledonese. Negli anni '70 il Rassemblement Caledonese diventa Rassemblement per la Caledonia nella Repubblica (RPCR), raggruppando cinque partiti uniti dal progetto antiautonoma.

Nel 1978 la Nuova Caledonia vive momenti di grande rivolta, con la ribellione di Capo Atai ove vi furono diversi morti e le rivendicazioni di indipendenza diventarono sempre più forti anche con la nascita del partito di liberazione Kanak (PALIKA). Il fronte degli indipendentisti si trasformerà nel 1984 in Fronte di liberazione nazionale Kanak socialista (FLNKS), raggruppando tutti i movimenti e i partiti che rivendicano l'indipendenza della Nuova Caledonia. Anche il fronte degli anti-indipendentisti si rafforza con la nascita dell'Unione Democratica Caledonese (UDC), con il Partito Repubblicano e la Federazione per una nuova società Caledonese (FNSC), anche se i maggiori suffragi sono sempre raccolti dal *Rassemblement* per la Nuova Caledonia nella Repubblica (RPCR)¹⁸.

¹⁷ I Kanak ottengono la libertà di circolazione, di proprietà ed è riconosciuto il loro status civile. In realtà il diritto di voto dei Kanak, teoricamente concesso nel 1946, sarà riconosciuto solo progressivamente. Inizialmente solo 267 membri dell'élite melanesienne ottengono effettivamente il diritto di voto nel 1946 e solo la legge del 23 maggio del 1951 attribuirà il collegio elettorale indigeno al 60 % dei Melanesiens.

¹⁸ J.P. Documenge, *L'enracinement des mouvements politiques en Nouvelle Calédonie, faits et prospective*, in *Acta Geographica*, 98, 1994, 42; I. Leblic, *Les Kanak face au développement. La voie étroite*, Nouméa, 1993, 412; P. Pilon, *Développement et enjeux sociaux en Nouvelle Calédonie: l'opération café*, in *Les Temps Modernes*, 464, 1985, 1623.

Nel 1946 la Nuova Caledonia ha il suo primo Statuto come territorio d'oltremare, modificato con la legge Defferre e reso applicabile con un Decreto del 1957 che istituisce un governo locale con un'Assemblea territoriale, un esecutivo eletto e un esecutivo nominato¹⁹.

In questa cornice il carattere fondamentale evolutivo del territorio d'oltremare della Nuova Caledonia si fonda sull'emancipazione, attraverso un percorso che tende all'acquisizione dell'indipendenza mediante il pieno riconoscimento delle tradizioni autoctone.

2.2 Il secondo periodo: le rivendicazioni delle identità autoctone e l'ascesa dei movimenti indipendentisti.

2564

La seconda fase del processo di transizione costituzionale è quella che va dal 1957 al 1988; un periodo caratterizzato da forti instabilità istituzionali, da spinte separatiste ed indipendentiste per la conquista della piena autonomia territoriale delle comunità autoctone²⁰.

In questa fase già la *loi Defferre* del 23 giugno 1956 e il decreto del 22 luglio 1957, conferiscono al territorio una relativa autonomia con la creazione di un'assemblea territoriale e un Consiglio di governo autonomo.

Gli anni '60 furono caratterizzati da un movimento "recentralisateur" e da una lotta contro gli autonomisti locali, rappresentati dal principale partito, l'Unione Caledoniana. Allo stesso tempo, la fine degli anni '60 vide l'aumento delle richieste di indipendenza da parte dei Kanak.

¹⁹ J.Y. Faberon (eds.), *Le Régime législatif de la Nouvelle Calédonie*, Paris, 1994, 120; J. Bonnemaison, *Le Pacifique insulaire: nation, aides, espace*, in *Revue Tiers Monde* 149, 1997, 236; J. P. Donmenge, *Du terroir..à la ville: les Mélanéens en Nouvelle Calédonie*, Talence, 1982, 488. Sulla revisione dell'art. 74 della Costituzione francese con la legge costituzionale del giugno 1993, vedi J.Y. Faberon, *Le Régime législatif de la Nouvelle Calédonie*, Toulouse, 1994, 31. La nozione di organizzazione particolare è definita dal *Conseil Constitutionnel* nella Decisione del 22 luglio 1980, n. 80122 DC. rec. 49. I territori d'oltremare hanno un'organizzazione particolare tenendo conto dei loro interessi particolari nell'insieme degli interessi della Repubblica (art. 74 della Costituzione): I territori d'oltre mare, diversamente dai Dipartimenti d'oltre mare, sono assoggettati solo a una parte del diritto comune della Repubblica. Il principio di specialità in virtù del quale i testi metropolitani (leggi, decreti, regolamenti) non si applicano tutti alle colonie è nato all'inizio della colonizzazione con la legge dell'8 - 10 marzo 1790 ed è stato confermato nell'art. 73 della Costituzione del 1814, nell'art. 27 della Costituzione del 1852 ed è stato applicato a tutte le colonie fino al 1946. Con la legge del 19 marzo 1946 le quattro colonie (Guvane, Guadalupe, Martinique e la Réunion) diventano Dipartimenti d'oltremare e al principio di specialità viene sostituito il principio di identità legislativa. Tutte le altre colonie come la Nuova Caledonia diventano "Collettività d'oltremare", dotate di uno statuto speciale. I costituenti del 1946 vollero associare la Repubblica francese ai popoli autoctoni nella gestione dei territori d'oltremare, conferendo a queste popolazioni lontane dalla Francia metropolitana una certa autonomia. Questa autonomia viene accresciuta con la legge quadro del 23 giugno 1956 che instaura il suffragio universale nei territori d'oltremare, accrescendo le competenze delle assemblee territoriali e creando in ogni territorio d'oltremare un Consiglio esecutivo presieduto dal capo del territorio. Questi principi sono stati confermati dall'art. 74 dalla Costituzione del 1958. Il principio di specialità legislativa rappresenta un importante aspetto della decentralizzazione francese; sul regime giuridico dei Dipartimenti d'oltremare.

²⁰ M.H. Lenormand, *L'évolution politique des autochtones de la Nouvelle-Calédonie*, in *Journal de la Société des Océanistes* 9, *Un siècle d'acculturation en Nouvelle-Calédonie 1853-1953*, 1953, 245-299.

Nel luglio del 1983, con la tavola rotonda di Nainville-le-Roches si arriva ad una dichiarazione congiunta, pubblicata il 12 luglio 1983, in base alla quale colonialismo e diritto innato ed attivo all'indipendenza del "popolo Kanak" vengono riconosciuti nel quadro dell'autodeterminazione prevista dalla Costituzione della Repubblica Francese. Secondo questa dichiarazione l'autodeterminazione è aperta per ragioni storiche, ad altri gruppi etnici, "le vittime della storia", la cui "legittimità è riconosciuta dai rappresentanti del popolo Kanak".

In attuazione della dichiarazione di Nainville-les-Roches, la legge del 6 settembre 1984 (statuto di Lemoine) conferisce alla Nuova Caledonia uno *status* di ampia autonomia, prevedendo un referendum sull'autodeterminazione nel 1989, provocando una forte opposizione a livello locale e dando vita ad un clima di violenza culminato con lo stato di emergenza decretato il 12 gennaio 1985.

Successivamente si susseguono due nuovi statuti 1) la legge del 23 agosto 1985 (statut "Fabius-Pisani") che prevede una consultazione sul futuro del territorio entro il 31 dicembre. 1987; 2) la legge del 17 luglio 1986 (statuto di Pons) che prevede un voto di autodeterminazione entro la fine del 1987.

Il 13 settembre 1987, il 98% dei votanti si esprime contro la separazione dal territorio della Repubblica francese, ma il tasso di astensione è del 41%, dato il boicottaggio degli indipendentisti.

A seguito del voto alcuni giovani separatisti Kanak attaccano una stazione di polizia sull'isola di Ouvea, uccidendo quattro gendarmi, prima di rifugiarsi in una grotta prendendo in ostaggio ventitre persone. Il governo di Jacques Chirac ordina l'assalto della grotta e gli ostaggi vengono rilasciati ma ci sono 21 morti (19 Kanak e 2 militari).

Il 15 maggio 1988, il nuovo Primo Ministro, Michel Rocard, avvia la c.d. "mission du dialogue"²¹, che porterà alla firma a Parigi degli accordi Matignon il 26 giugno 1988 da parte dell'RPCR, dei FLNKS e dello Stato.

Questi accordi hanno ratificato la creazione di tre province (South, North e Iles Loyauté), gestite da assemblee elette direttamente e con poteri e competenze direttamente affidate alle comunità locali.

2.3 La terza fase del processo di transizione: gli accordi di Matignon

Il primo tentativo di separazione della Nuova Caledonia dalla Francia portò già nel 1987 alla schiacciante vittoria degli unionisti con il 98,3%, anche a causa della scelta dei movimenti separatisti di boicottare la consultazione elettorale. Inizia così il terzo periodo della storia costituzionale della Nuova Caledonia, quello che può farsi coincidere con gli accordi di Matignon.

Già in un precedente scritto ebbi modo di sottolineare come il 16 giugno 1988, il Primo Ministro francese sottoscriveva con i rappresentanti delle principali formazioni politiche della Nuova Caledonia, gli Accordi di Matignon con cui le

²¹ R. Mapou, W. Roch (eds.), *Temps et mémoires du pays kanak. Du malentendu originel à la communauté de destin*, Nouméa, Comité du 150e (1853-2003), 2003.

Parti concordavano che il territorio della Nuova Caledonia disponeva di dieci anni di riflessione non solo per un nuovo sviluppo economico-sociale e culturale della popolazione locale, ma, altresì, per decidere se rimanere un territorio della Repubblica francese o costruire ipotesi d'indipendenza²².

In questa cornice, la legge del 9 novembre 1988 sull'autodeterminazione della Nuova Caledonia si prestava ad una duplice lettura. La “lettura aperta” ovvero una lettura di decolonizzazione che si formula in quattro punti essenziali: 1) la Francia prende in considerazione la rivendicazione del popolo Kanak al fine di riconoscere il diritto all'autodeterminazione e all'indipendenza; 2) il governo francese accetta una limitazione del corpo elettorale che è stata ammessa a partecipare al referendum del 1998; 3) la questione posta alle popolazioni interessate della Nuova Caledonia nel referendum del 1998 è stata redatta in modo da raccogliere l'adesione del più alto numero di Kanak e ad evitare un voto maggioritario dei non Kanak contro i Kanak, solo presupposto di pace per l'avvenire del territorio; 4) la questione doveva essere formulata in modo da proporre agli elettori una vera scelta tra restare nella Repubblica e l'accesso all'indipendenza²³.

La “lettura chiusa”, invece, poggia sul presupposto che le popolazioni caledoniane hanno avuto interesse a restare nella Repubblica, unica entità in grado di assicurare lo sviluppo economico, sociale e culturale nel rispetto dei valori democratici.

In questa chiave di lettura il diritto all'autodeterminazione veniva riconosciuto ma non era considerato come assoluto alla popolazione Kanak. Lo statuto contenuto nella legge referendaria del 9 novembre 1988 è risultato da un accordo politico concluso tra Michel Rocard, in rappresentanza dello Stato francese, Jacques Lafleur e Jean Marie Tjiboon, questi ultimi due in rappresentanza della maggioranza dei caledoniani.

È, dunque, uno *Statuto negoziato*, uno Statuto di consenso nel cui preambolo il Primo Ministro Rocard scriveva che le due parti riconoscevano la necessità di ristabilire la pace civile per creare le condizioni nelle quali le popolazioni potevano scegliere liberamente il proprio destino; si evocava l'apertura di una nuova prospettiva per la Nuova Caledonia, garantendo una pace durevole fondata sulla coesistenza del dialogo.

In materia istituzionale, gli accordi prevedevano che l'amministrazione e lo sviluppo del territorio federale della Nuova Caledonia dovevano essere organizzati in tre province: Isole Loyanté, Nord e Sud. Gli obiettivi del federalismo sono stati previsti con le province dotate di proprie competenze e il Congresso incaricato della gestione degli affari comuni. Le province si sono sforzate di esercitare pienamente le loro competenze, soprattutto, in materia di sviluppo economico, di protezione dell'ambiente, di giovani, di sport, di sanità, di azioni sociali, ecc., ma

²² V. Pepe, *L'avvenire statutario della Nuova Caledonia*, in *Sintesi*, 1/1999, Milano.

²³ T. Michalon, *La Corse entre décentralisation et autonomie. Vers la fin des catégories?*, in *Revue française de droit administratif*, 1991, 5, 720; F. Miclo, *Le régime législatif des départements d'outremer*, Paris, 1982; J.Y. Faberon, *Le statut du territoire de Polynésie française*, Aix Marseille, 1996, 210.

non si è riusciti a perequare il dislivello economico tra il Sud ricco e il Nord con le isole Loyanté poco sviluppate. Alle province era comunque vietato prendere delle misure inerenti l'esercizio di un qualsiasi principio fondamentale riconosciuto dalla Repubblica e solennemente affermato nel Preambolo della Costituzione.

Questo nuovo Statuto della Nuova Caledonia prevede che lo Stato deve svolgere il ruolo d'arbitro imparziale e di garante delle opportunità della Nuova Caledonia; la Repubblica francese conserva la sua sovranità sugli affari esteri, difesa, giustizia, mantenimento dell'ordine pubblico, controllo delle entrate e delle uscite dal territorio, moneta, nazionalità, stato civile, diritto penale e procedura penale ecc.; di contro al territorio, sono trasferite il commercio estero, restrizioni quantitative inerenti l'importazione, controllo sull'accesso degli stranieri al mercato del lavoro, diritto del lavoro e formazione professionale, regolamentazione ed esplorazioni delle risorse minerarie di cui il nichel è una delle voci più importanti, con diritto di veto del rappresentante dello stato nel caso in cui gli interessi nazionali fossero minacciati e, infine, in materia di energia il territorio dovrà detenere la maggioranza per quanto riguarda i capitali delle società incaricate della produzione e del trasporto dell'elettricità. Il potere dei comuni è aumentato in materia di urbanizzazione e distribuzione dell'elettricità²⁴.

I nuovi accordi di Matignon hanno dunque ridisegnato i rapporti tra Stato francese e territorio d'oltremare, individuando una nuova forma di Stato associato.

Come è noto la Costituzione della V Repubblica più volte modificata, mette a disposizione del legislatore un largo ventaglio di regimi tra cui scegliere quello più idoneo alle necessità locali, con un passaggio dal semplice decentramento alla secessione, passando attraverso una variegata gamma di regimi a marcata autonomia. L'art. 72 della Costituzione francese disciplina il regime delle collettività locali con la possibilità di specifiche autonomie locali. "Le collettività territoriali della Repubblica sono: i comuni, i dipartimenti, i territori d'oltremare. Ogni altra collettività territoriale è creata per legge". Queste collettività locali si amministrano liberamente attraverso consigli eletti e nelle condizioni dalla legge. Nei dipartimenti e nei territori, il delegato del Governo ha l'incarico degli interessi nazionali, il controllo amministrativo e il rispetto delle leggi. Questa norma pone i principi base del decentramento e apre al legislatore la possibilità di creare altre collettività territoriali; è stata redatta per porre le fondamenta costituzionali di una politica mirata a dotare le popolazioni di una stessa area geografica di una propria struttura amministrativa, distinta dallo Stato ma sotto il controllo di un delegato del governo, il prefetto o un alto commissario. Il decentramento permette alle popolazioni di associarsi per designare le autorità amministrative incaricate di gestire gli affari locali. I territori d'oltremare della Repubblica francese hanno un'organizzazione particolare che tiene conto dei propri interessi nell'insieme di quelli della Repubblica. Gli Statuti dei territori d'oltre mare sono fissati da leggi organiche che definiscono le competenze delle istituzioni, le modalità delle loro

²⁴ T. Michalon, *Une nouvelle étape vers la diversification des régimes des collectivités territoriales: le nouveau statut de Saint Pierre et Miquelon*, in *Revue française de droit administratif*, 1986, 2, 192.

particolari organizzazioni sono, altresì, definite dalle leggi dopo consultazioni dell'Assemblea territoriale interessata.

L'art. 60 della Costituzione ha sostituito alle colonie i territori d'oltremare della Repubblica, collettività territoriali di nuovo tipo dotate di un'Assemblea eletta e che più tardi sarà dotata di una forma di decentramento ispirata a quelle di cui godono i dipartimenti. La maggior parte di questi territori d'oltremare qualche tempo dopo abbandoneranno il loro statuto di collettività territoriali della Repubblica francese per diventare "stati membri della Comunità". L'organizzazione particolare permette al legislatore di trattare ogni territorio in maniera specifica, stabilendone per ognuno una ripartizione originale delle competenze tra le autorità decentrate dello Stato e gli organi eletti della collettività territoriale.

La Repubblica può concludere accordi con gli stati che desiderano associarsi ad essa per sviluppare la loro civiltà (art. 88). Questo articolo non è stato ancora reso del tutto operativo, infatti, la Costituzione contiene una larga gamma di vie che il legislatore può intraprendere dal semplice decentramento alla secessione. Ed è proprio al concetto di Stato associato che volge il dibattito per la soluzione del problema della Nuova Caledonia. La Nuova Caledonia come stato autonomo, con una propria organizzazione ed identità statale si assocerà alla Repubblica francese per ragioni di politica estera, difesa e per essere aiutato nelle politiche di sviluppo economico. La formula di stato associato per "sviluppare la propria civiltà" (art. 88 Costituzione francese) sarebbe una forma di partenariato tra due stati distinti ed autonomi che pongono in essere politiche comuni o di sostegno in alcuni settori politici importanti per la difesa e lo sviluppo economico comune.

In certi territori le autorità locali hanno ricevuto competenze per creare una guardia territoriale a disposizione del capo dell'esecutivo territoriale. Lo Stato non percepisce nei territori d'oltre mare nessuna imposta e diritto doganale ad eccezione di quelli istituiti dall'Assemblea territoriale per conto del territorio. I territori d'oltremare godono dell'esistenza di una procedura d'autodeterminazione che il governo della repubblica può dare a loro profitto. Le autorità territoriali possono dotarsi di bandiera e di inno da aggiungere a quelli della Repubblica. Ne consegue che i territori d'oltremare hanno attitudini a crearsi proprie regole rispetto a quelle riconosciute alle collettività locali decentrate ordinarie. Molti territori beneficiano da parte del legislatore di una ripartizione di competenze di tipo federale; la legge enumera le competenze attribuite allo Stato e pone il principio secondo il quale l'insieme delle altre competenze ritorna alle autorità territoriali. Ancora oggi le attuali posizioni politiche che caratterizzano il dibattito sulla Nuova Caledonia, possono essere sintetizzate nel seguente modo: i *leader* indipendentisti si sono impegnati a riparare all'umiliazione storica subita dal popolo colonizzato chiedendo alla Francia il riconoscimento dello stato della Nuova Caledonia, non auspicando la rottura dei rapporti con la Repubblica francese il cui appoggio può essere necessario per un effettivo sviluppo di questo nuovo Stato. I principali *leaders* non indipendentisti, al contrario, sperano di mantenere con la Francia legami importanti che assicurano un'autentica garanzia

giuridica che solo lo statuto di collettività territoriale della Repubblica può loro assicurare.

Dal 24 settembre 1853 il popolo Kanak ha percorso un lungo e difficile cammino per recuperare la libertà e la dignità perduta assumendo, non senza difficoltà una pesante eredità e un pesante contenzioso contro la minaccia dello sterminio e dell'estinzione. M. Tjiboon si chiederà a New York il 12 ottobre 1987 davanti alla 4 Commissione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite: “Qual è il popolo del pianeta che ha ricevuto dal cielo la missione di disporre del destino degli altri?”.

È su queste problematiche che si sviluppa ancora oggi la questione del futuro della Nuova Caledonia, ove è in gioco non solo l'interesse francese allo sfruttamento di giacimenti di nichel di cui l'arcipelago è ricco, ma il destino di un popolo autoctono, che chiede di essere libero e uguale a tutti gli altri popoli, rivendicando la dignità della propria identità.

3. Dagli accordi di Nouméa ad oggi: il principio della “souveraineté partagée”

Il timore del “No Vote” per l'indipendenza che accompagnò la proposta di referendum del 1998 ha dato vita ad una serie di lunghe trattative con il governo francese che sfociarono più tardi in un nuovo accordo volto ad una graduale transizione verso l'indipendenza.

Lo scontro storico tra indipendentisti e nazionalisti portò alla sottoscrizione, qualche anno dopo l'accordo di Matignon, degli Accordi di Nouméa del 5 maggio 1998; un momento di responsabilità istituzionale che ha visto lo Stato francese avviare un percorso di graduale riconoscimento dell'autonomia al territorio colonizzato.

In altri termini si è dato inizio ad un periodo finalizzato alla ricerca di una c.d. pace sociale, attraverso una soluzione consensuale capace di negoziare le ragioni dell'assimilazionismo francese con le istanze di tutela delle identità locali.

Nel preambolo di siffatto Accordo sono riconosciute le “luci e le ombre” della colonizzazione e l'esistenza di una doppia legittimazione, quella dei Kanak, da un lato, e quella di tutti gli altri gruppi o comunità sopraggiunti successivamente con il dominio francese, dall'altro. Questo Accordo, come è stato dimostrato, prevede una forte autonomia delle comunità locali, con dei trasferimenti progressivi e irreversibili di competenze, conservando però lo Stato centrale le attribuzioni e le competenze in determinate materie esclusive (quali difesa, sicurezza, giustizia, moneta).

Questo accordo riconosce quello che è stato definito come il “destino comune”, la costruzione di una “citoyenneté calédonienne”²⁵ che implica l'apertura ai francesi presenti in Nuova Caledonia prima del 1998 e ai loro discendenti, ma

²⁵ Havard Léa, *La réalisation de la citoyenneté calédonienne*, in *Revue du droit public*, 5/2013, 1179-1205 ; J.Y. Faberon (cur.) *Citoyenneté et destin commun en Nouvelle-Calédonie*, Aix-en-Provence, 2013, 150-160.

nel contempo la difesa e la promozione della cultura Kanak e la difesa della loro dignità di popolo occupato.

In realtà l'Accordo di Nouméa ha aperto anche una crepa nel principio di indivisibilità della Repubblica francese e ha introdotto il principio di "souveraineté partagée"²⁶, laddove il preambolo dell'Accordo stesso sancisce la ripartizione delle competenze tra lo Stato e la Nuova Caledonia, riconoscendo competenza a quest'ultima nelle relazioni esterne, ovvero nei rapporti internazionali.

Con siffatto accordo si prevedeva, inoltre, una graduale cessione delle competenze amministrative al governo della Nuova Caledonia, lasciando alla Francia solo quelle riguardanti la difesa, la politica estera, l'immigrazione, la sicurezza, la giustizia e la moneta, e prevedendo inoltre al termine di questo periodo di transizione la possibilità di indire uno o più referendum sull'autodeterminazione del territorio. Una strategia che all'epoca mirava al conseguimento di una piena riappacificazione nazionale dopo decenni di scontri tra i militanti del movimento indipendentista indigeno (Fronte di Liberazione Nazionale Kanak e Socialista) ed i discendenti dei coloni europei, tradizionalmente schierati a favore dell'unione con la Francia.

La spaccatura tra lealisti ed autonomisti all'interno del territorio ha infatti sempre seguito le profonde divisioni etniche della popolazione, principalmente ripartita tra il 39 per cento degli autoctoni kanaki- gli originari abitanti delle isole, concentrati nella Provincia del Nord e nelle Isole della Lealtà - e il 27 per cento dei caldoche di stirpe europea stanziati invece nella Provincia del Sud, a cui si aggiungono le comunità immigrate provenienti dalle ex colonie francesi di Wallis e Futuna (8 per cento) e Tahiti (2 per cento).

Come si è detto il carattere fondamentalmente evolutivo del territorio d'oltremare della Nuova Caledonia si è sempre fondato sull'emancipazione, attraverso un percorso che tende all'acquisizione dell'indipendenza mediante il pieno riconoscimento delle tradizioni autoctone.

Ancora oggi la storia politica e istituzionale della Nuova Caledonia è quella di una decolonizzazione sempre proclamata ma mai completata, ecco perché ancora oggi appaiono tre gli elementi cardine che caratterizzano il processo di transizione: a) il regime coloniale alle prese con l'aspirazione all'Indipendenza; b) il diritto d'oltremare; c) la sfida del multiculturalismo e la tutela delle identità. In altri termini il "sogno" della Nuova Caledonia di perseguire l'indipendenza e l'autodeterminazione non potrà realizzarsi del tutto se al forte nazionalismo francese non seguirà la piena tutela delle identità dei popoli autoctoni.

In questo quadro, il ritorno della stagione referendaria, conclusasi con il ricorso alle urne nel novembre 2018, ha contribuito a rendere vivo il dibattito politico francese sulle istanze di autodeterminazione dei territori d'oltremare e nello stesso tempo ha attribuito alla Nouvelle Calédonie un rinnovato carattere di originalità per gli studi comparatistici²⁷.

²⁶ C. Avenia, *La sovranità condivisa della Nuova Caledonia e le conseguenze sull'autodeterminazione dei Kanak*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, aprile 2018, 158-176.

²⁷ Si veda *Nouvelle-Calédonie. Haut-commissariat de la République, Référendum 2018*, disponibile su <https://www.referendum-nc.fr/>. Cfr. C. Vitalien, *Les régions ultra-périphériques entre*

A distanza di trent'anni dagli Accordi di Nouméa, il caso della Nuova Caledonia sembra ancora oggi essere caratterizzato dalla dialettica spesso conflittuale tra due concezioni agli antipodi: da una parte vi è una concezione *integrazionista e assimilazionista* fondata sul fatto che la violenza coloniale iniziale può essere annullata dai valori repubblicani di libertà, uguaglianza e fraternità all'interno della Repubblica; dall'altra parte vi è ancora viva una concezione *separatista* che si basa sull'idea che la questione coloniale possa essere definitivamente abolita solo attraverso la riappropriazione delle terre, della patria, del presente e dell'avvenire da parte del popolo Kanak.

4. Democrazia e referendum: verso una quarta fase del processo di transizione?

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte è possibile individuare una quarta fase del processo di transizione costituzionale della Nuova Caledonia e che ha avuto inizio proprio con la promozione della stagione referendaria del 2018²⁸. Questa fase ha gettato le basi per l'inizio di un nuovo percorso istituzionale che potrà avere nuovi sviluppi in base a quelle che saranno le future scelte della popolazione.

2571

La fase iniziata con l'Accordo di Nouméa del 5 maggio 1998, ha aperto senza dubbio una crepa nel principio di indivisibilità della Repubblica francese e ha introdotto il principio di "souveraineté partagée"²⁹, laddove il Preambolo sancisce la sovranità condivisa e la ripartizione delle competenze tra lo Stato e la Nuova Caledonia, riconoscendo autonomia alla Nuova Caledonia specie nelle relazioni esterne, ovvero nei rapporti internazionali.

Tale accordo ha previsto che le popolazioni interessate "dopo un periodo di venti anni" possono giungere ad un referendum, c.d. «d'autodétermination», per il riconoscimento dell'autonomia della Nuova Caledonia e così sancire la netta separazione dalla Francia.

L'articolo 217 della Legge organica del 1999 specifica, infatti, che la consultazione deve essere prevista durante il mandato del Congresso insediatosi nel 2014, evitando, tuttavia, la consultazione negli ultimi sei mesi del mandato.

Con la *loi organique n° 2018-280 du 19 avril 2018 relative à l'organisation de la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie* sono state adottate tutte le misure per l'organizzazione e lo svolgimento del referendum³⁰.

assimilation et différenciation, in *Revue française d'administration publique*, 2002, 115-126. Cfr. J. Ziller, *L'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne*, in *Revue française d'administration publique*, 1/2001, 127-136. Si veda anche F. Angleviel, *L'Accordo di Nouméa. L'applicazione, la posta in gioco per la Nuova Caledonia (1998-2018)*, in *La Ricerca Folklorica*, n. 55, 2007, 63-79.

²⁸ H. Alcaraz, *La consultation sur l'accès à la pleine souveraineté et à l'indépendance" de la Nouvelle-Calédonie*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2/2018, 291-300.

²⁹ C. Avenia, *La sovranità condivisa della Nuova Caledonia e le conseguenze sull'autodeterminazione dei Kanak*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, in op. cit., 160.

³⁰ Il *Conseil constitutionnel* con la decisione n. 2018-764 DC del 19 aprile 2018 ha dichiarato conforme a Costituzione la legge organica relativa all'organizzazione della consultazione per

In questa cornice il 4 novembre del 2018³¹, gli abitanti della Nuova Caledonia si sono recati alle urne per decidere del loro futuro, della loro autonomia e della loro identità³².

«*Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à la pleine souveraineté et devienne indépendante?*»: questo è stato il tenore letterale del quesito rivolto ad un corpo ristretto di elettori del territorio durante il primo referendum di autodeterminazione previsto dall'accordo di Nouméa.

Trent'anni dopo gli impegni assunti, nel quadro degli accordi di Matignon, dallo Stato francese e dalla Nuova Caledonia, questo referendum del 2018 è stato considerato un momento decisivo per scrivere il futuro della transizione costituzionale dell'arcipelago.

A nostro avviso con questo referendum si è dato inizio ad una quarta fase della transizione costituzionale e che possiamo definire come la fase della *scelta democratica* in cui gli elettori hanno potuto liberamente e senza pericolo di attentati o ripercussioni, partecipare alle urne, scegliendo tra l'indipendenza e la fedeltà alla Repubblica francese.

L'esito del referendum indipendentista non ha segnato il divorzio dalla Francia; i "No" alla separazione hanno raggiunto il 56,4 % dei voti e hanno avuto la meglio sul "Sì". Si tratta di risultati nettamente inferiori alle aspettative e che rendono più probabile la futura indizione dei due successivi referendum (nel 2020 e nel 2022) previsti dall'Accordo di Nouméa.

Secondo i dati ufficiali il numero dei votanti è stato di 174.999, mentre hanno effettivamente votato 141.099 elettori con una percentuale in termini di partecipazione pari all'80,63%.

Secondo i primi commentatori, il numero di elettori che si sono espressi per il "No all'indipendenza" è stato di 78.360 (una percentuale pari a 56, 40%), mentre hanno votato per il "Sì all'indipendenza" solo 60.573 cittadini (ovvero il 43, 60%).

Da queste cifre emergono importanti considerazioni sul piano politico: *in primis*, va notata la forte partecipazione dei cittadini alle urne che risulta superiore all'80%.

Diversamente da quanto accaduto in passato, questa volta non c'è stato nessun tentativo di boicottaggio del referendum; infatti il voto è stato accompagnato da una convinta mobilitazione degli elettori che hanno portato avanti la campagna referendaria con spirito di libertà e partecipazione.

l'accesso della Nuova Caledonia alla piena sovranità, sul punto cfr.: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2018764DC2018764dc.pdf>

³¹P. Hébert, U. Rabaté, *Référendum en Kanaky Nouvelle-Calédonie: déjà le goût amer d'un rendez-vous manqué...*, AOC, octobre 2018, reperibile su <https://aoc.media/opinion/2018/10/17/referendum-kanaky-nouvelle-caledonie-deja-gout-amer-dun-rendez-manque/>, ultimo accesso 10 giugno 2019.

³² Per un approfondimento sulla questione del referendum si veda F. Angleviel, *Comprendre les référendums de 2018-2022 en Nouvelle-Calédonie, La France ou l'indépendance: décryptages historiques, socio-économiques et communautaristes*, Paris, 2018. Cfr. C. Demmer, *Un peuple calédonien ? Le référendum d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie*, in *La Vie des idées*, 2018, reperibile su <https://laviedesidees.fr/Un-peuple-caledonien.html>, ultimo accesso 10 giugno 2019.

Non deve trascurarsi il secondo elemento che emerge dall'esito referendario; anche se il "No all'Indipendenza" ha prevalso sul "Sì", la percentuale di scarto tra le due opposte tendenze risulta essere inferiore rispetto a quanto annunciato da tutti i sondaggi.

I risultati delle elezioni dimostrano che il paese è caratterizzato da una netta divisione territoriale, che, peraltro, coincide con una divisione etnica e politica. Come si è detto i due orientamenti hanno risentito della forte divisione territoriale e possono essere suddivisi in modo molto chiaro.

Nella Provincia meridionale (quella più densamente popolata, ma dove i Kanak sono una minoranza) il numero di partecipanti al voto è stato di 112.711 votanti (con una partecipazione complessiva dell'83,1%), dove i "No" si sono attestati al 73, 71%, mentre i "Sì" al 26,29%.

Nella Provincia del Nord (dove invece i Kanak sono la maggioranza) il numero di partecipanti al voto è stato di 40.048 elettori (con una partecipazione dell'86,01%), dove i "No" hanno raggiunto il 24, 17%, mentre i "Sì" hanno registrato una percentuale del 75,83%.

La provincia delle Isole (dove i Kanak sono la maggioranza) il numero di partecipanti è stato di 22.240 votanti, con una partecipazione in termini percentuali del 58,88%, dove il "No" ha raggiunto una percentuale del 17, 82%, mentre il "Sì" una percentuale molto più alta del' 82, 18%.

Il risultato della consultazione sancisce che la Nuova Caledonia appartiene ancora oggi alla tradizione politica francese e che l'accordo di Nouméa continuerà ad applicarsi.

Come previsto al paragrafo 5 del testo dell'Accordo³³, fino a quando le consultazioni non avranno portato alla nuova organizzazione politica proposta, l'organizzazione politica stabilita dall'Accordo del 1998 rimarrà in vigore, nella sua ultima fase di sviluppo, senza possibilità di andare indietro, essendo questa irreversibilità garantita costituzionalmente.

Tuttavia, l'accordo di Nouméa prevede due ulteriori consultazioni referendarie. Infatti, al punto 5, si afferma che: "Se la risposta degli elettori a questa proposta sarà negativa, un terzo dei membri del congresso può chiedere una nuova consultazione che si terrà nel secondo anno dopo la prima consultazione. In tal caso se la risposta sarà nuovamente negativa, una nuova consultazione può essere richiesta secondo la stessa procedura ed entro le stesse scadenze ...".

Come alternativa, può essere considerata un'altra ipotesi: si potrebbe avviare un nuovo spazio di discussione al fine di raggiungere un progetto comune che potrebbe essere quello di erigere la Nuova Caledonia in uno Stato federato all'interno della Repubblica francese o in uno Stato associato in futuro.

³³ Secondo il punto 5 dell'accordo dopo la prima consultazione potranno seguire altre due consultazioni. In altri termini si legge che «*Si la réponse des électeurs à ces propositions est négative, le tiers des membres du Congrès pourra provoquer l'organisation d'une nouvelle consultation qui interviendra dans la deuxième année suivant la première consultation. Si la réponse est à nouveau négative, une nouvelle consultation pourra être organisée selon la même procédure et dans les mêmes délais. Si la réponse est encore négative, les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée*».

Dopo il referendum tenutosi in Nuova Caledonia il 4 novembre 2018, Jérôme Fourquet e Sylvain Manternach, hanno analizzato i risultati affermando che l'unico vero successo della consultazione è stato il libero e democratico esercizio del diritto di voto³⁴, anche se in effetti l'esito dimostra una netta separazione geografica e territoriale.

Ciononostante il territorio resta diviso, tanto che i *leader* della *Union Calédonienne* (UC-FLNKS) già hanno manifestato la volontà di un secondo referendum sull'indipendenza che si tenga "il più presto possibile". All'indomani del voto Daniel Goa, presidente della UC, la principale formazione FLNKS³⁵, ha affermato: "Inizieremo il secondo referendum il prima possibile, il prima possibile. Il nostro obiettivo è il 2020". Ciò dimostra l'attuale interesse degli indipendentisti per il processo autonomista, puntando alla conquista democratica e alla c.d. "sortie" dalla Francia attraverso il voto popolare.

In altri termini, all'esito di questa ultima consultazione, appare evidente che la società caledoniana resta ancora oggi divisa in due blocchi che sono ancora distanti tra loro. Una polarizzazione estremamente chiara del corpo elettorale secondo una logica etno-demografica e la mappa dei risultati illustra in modo molto visibile la persistenza della frattura territoriale³⁶.

5. La Nuova Caledonia tra multiculturalismo e condivisione delle differenze.

La transizione costituzionale della Nuova Caledonia non può essere compresa se non si analizzano i tre elementi chiave della evoluzione storica e istituzionale di questo territorio, ovvero il carattere multiculturale della società, il pluralismo giuridico ed, infine, la costante idea di decolonizzazione e rivendicazione delle identità culturali dei Kanak.

Il "carattere multiculturale"³⁷ della *Nouvelle Calédonie* è sicuramente un elemento strutturale della società complessa caledoniana. Si tratta di un carattere

³⁴ Sul punto si è espresso il primo ministro francese Edouard Philippe dopo il voto che si è congratulato per quello che è stato definito un "vero successo democratico e popolare".

³⁵ Cfr. l'articolo *Nouvelle-Calédonie: Les indépendantistes pour un autre référendum «dans les meilleurs délais»*, reperibile in <http://outremers360.com/politique/nouvelle-caledonie-les-independentistes-pour-un-autre-referendum-dans-les-meilleurs-delaix>, ultimo accesso 10 giugno 2019.

³⁶ Il "SI" si è rivelato un esito importante nella provincia settentrionale (75,8%) e nelle isole (82,2%), mentre è stato chiaramente debole nella provincia meridionale (solo il 25,9%).

³⁷ Sul concetto di multiculturalismo e stato multiculturale si veda D. Amirante, V. Pepe (eds.), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Torino, 2011; D. Amirante, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bologna, 2014; J. Bertrand J., A. Laliberté (eds.), *Multination States in Asia. Accommodation or resistance*, Cambridge, 2010; W. Kimlycka (eds.), *Multiculturalism in Asia*, Oxford, 2005; J. Jacques d'Adesky, *Pluralismo étnico e multiculturalismo*, in *Afro-Asia*, 19/20, 1997, 152-164; C. Joppke, *The Retreat of Multiculturalism in the Liberal State: Theory and Policy*, in *The British Journal of Sociology*, 55, 2, 2004, 237-257; C. Ruiz Miguel, *Multiculturalismo e Costituzione*, Trieste, 2017; A. Tremblay, *Diversity in Decline?: The Rise of the Political Right and the Fate of Multiculturalism*, Basingstoke, 2018; T. Groppi, *Multiculturalismo*

geneticamente dimostrato dalla storia di questa terra e dimostrabile ancora oggi dal fatto che in questo arcipelago del pacifico vivono da sempre popolazioni di diversa origine e cultura, dove i kanak, gli abitanti autoctoni, sono il 39,1% e il 27,1% sono europei. A questi si devono aggiungere il 33,8% (*les autres*) che costituiscono una diversità di culture “impressionante”, ovvero Wallisians e Futunians, circa il 13% della popolazione, tahitiani e altri dalla Polinesia francese (poco più del 2%), Giavanesi (circa 1,5%), Ni Vanuatu, vietnamita, cinese, ecc.³⁸.

Il carattere multiculturale della popolazione è ben decifrato dallo slogan “Due colori, un popolo”³⁹, un motto che è stato sostenuto da oltre mezzo secolo dal partito indipendentista *Union Calédonienne*. Nei dibattiti culturali e politici questa immagine di una Caledonia a due facce è ampiamente diffusa, con, da un lato, i Kanak - i c.d. indigeni con 4.000 anni di storia - e, dall'altro, gli "europei" tra cui i "Caldoches"⁴⁰ che vivono il Caillou, e i Metropolitani arrivati più recentemente sul territorio.

L'accordo di Nouméa, senza poche difficoltà, ha inteso chiaramente lanciare le basi per un riconoscimento del multiculturalismo della Nuova Caledonia, tanto da rappresentare, a nostro avviso, un carattere strutturale del nuovo contratto sociale caledoniano⁴¹.

Sebbene l'Accordo di Nouméa costituisca formalmente l'atto di nascita della società multiculturale della Nouvelle Calédonie, ancora oggi sussistono difficoltà legate al pieno riconoscimento delle diversità culturali. Come ha notato una parte della dottrina, quando si passa dall'esame del progetto politico a quello della sua concreta applicazione, la realtà sembra molto più problematica. La questione della tutela delle lingue locali, per esempio, è una delle problematiche che mettono in evidenza questa contraddizione. Infatti, ancora oggi si registra la mancanza di un vero consenso politico sul riconoscimento delle lingue dei Kanak e sulla loro utilizzabilità del settore dell'educazione, dei media e dello spazio pubblico collettivo. Secondo alcuni studiosi tali problemi pratici e la frammentarietà del modello caledoniano dimostrano che più che parlare di società multiculturale sia più corretto parlare di società composita o plurale.

4.0, in Osservatorio costituzionale, 1/2018, 1-14; V. Angiolini, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 4/2015, <http://www.rivistaaic.it/>, ultimo accesso 10 giugno 2019; Y. Ghai (eds.), *Autonomy and Ethnicity. Negotiating Competing Claims in Multi-ethnic States*, Cambridge, 2000; G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Società multiculturali e percorsi di integrazione. Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze, 2017.

³⁸ P. Godin, J. Passa, *La Nouvelle Calédonie est-elle une société multiculturelle?*, in *L'Avenir institutionnel de la Nouvelle Calédonie*, 2018.

³⁹ Vedi l'articolo di C. Cochin, *La Nouvelle-Calédonie, un archipel multiculturel*, cfr. <http://www.lefigaro.fr>, ultimo accesso 10 giugno 2019.

⁴⁰ I Caldoches (singolare *Caldoche*) sono un gruppo etnico residente nel dipartimento francese d'oltremare della Nuova Caledonia, di cui compongono il 29,2% della popolazione totale.

⁴¹ L. A. Bensa, E. Wittersheim, *En Nouvelle-Calédonie, société en ébullition, décolonisation en suspens*, *Le Monde diplomatique*, juillet 2014. Cfr., J. Courtial, F. Mélin-Soucramanien, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, Rapport au premier ministre*, in *La Documentation française*, Paris, 2014.

Come ha avuto modo di evidenziare la dottrina, la società della Nuova Caledonia presenta le tre caratteristiche tipiche delle società multiculturali a cui deve essere aggiunta una quarta peculiarità che potremmo definire propriamente caledoniana.

Tra le caratteristiche c.d. genetiche delle società multiculturali emerge in primis la c.d. *séparation*, ovvero quel sentimento di divisione tra cultura dominante ed egemonica e minoranze. Come ogni società multiculturale, anche la Nuova Caledonia si presenta come un mosaico di popoli che conservano la loro identità (i propri costumi, la propria lingua, la propria religione) e che spesso incontrano evidenti difficoltà di convivenza.

Un secondo elemento delle società composite è, come noto, la presenza di una stratificazione in classi che genera talune diseguaglianze sociali; una compagine in cui la netta distinzione tra ricchi e poveri, ad esempio, costituisce la prima caratterizzazione del tessuto sociale.

Un terzo elemento delle società multiculturali, riscontrato anche in Nuova Caledonia, è la dominazione europea che genera una “nuova struttura politica ed economica”⁴² in cui il paese colonizzatore esercita una influenza dominante⁴³.

Accanto a questi tre elementi, che possiamo riscontrare in tutte le società multiculturali, la dottrina che si è occupata degli aspetti antropologici e sociologici della transizione costituzionale della Nuova Caledonia ha evidenziato la presenza di un quarto carattere distintivo del multiculturalismo caledoniano, ovvero la presenza di una società composta politicamente e che nel corso del tempo, ed, in particolare negli anni '60 e nei primi anni '70, ha visto consolidare differenziazioni "comunitarie", disuguaglianze sociali ed economiche, e divisioni politiche che hanno portato ad una società in cui sono state costruite due comunità immaginarie e due opposte concezioni politiche.

La complessità della società caledoniana si ritrova nella presenza di un ordinamento composito in cui è prevalso il “pluralismo giuridico” e la presenza di tre categorie di fonti giuridiche distinte: il diritto statale, il diritto caledoniano scritto nelle materie in cui la competenza è stata trasferita dallo Stato alla Nuova Caledonia e, infine, la *coutume Kanak*⁴⁴ ovvero il diritto consuetudinario competente in materia di diritto civile per gli abitanti di origine Kanak.

Un ultimo elemento che ha caratterizzato nel corso di questi anni la società d'oltremare della Nuova Caledonia è senza dubbio la tendenza ancora presente alla decolonizzazione che mette in evidenza l'antagonismo tra due tendenze “a priori” alternative: quella assimilazionista e quella differenzialista. Sul punto la dottrina ha avuto modo di osservare come la prima tendenza definita assimilazionista si

⁴² P. Godin, *La Nouvelle Calédonie est-elle une société multiculturelle?*, in *L'Avenir institutionnel de la Nouvelle Calédonie*, Nouvelle-Calédonie, 2018, 117.

⁴³ M. Levallois, *De la Nouvelle-Calédonie à Kanaky. Au cœur d'une décolonisation inachevée*, La Roque-d'Anthéron, 2018.

⁴⁴ C. Demmer, B. Trépied (eds.), *La Coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, Paris, 2017.

fonda sulla nozione diffusa di *destin commun*⁴⁵ molto cara all'accordo di Nouméa e che ha per scopo la creazione di un diritto uniforme ed unitario. Questo primo approccio richiama il principio assimilazionista francese e la costruzione di un'unica identità politica e legislativa tendente ad unificare il diritto della Nuova Caledonia e superare il pluralismo giuridico ricercando un diritto unitario, unico per tutti, in grado di rendere più semplice ed accessibile a tutti le garanzie dell'ordinamento giuridico. In altri termini l'assimilazione implica l'unità del diritto caledoniano e il superamento del pluralismo giuridico caledoniano.

In contrapposizione alla prima vi è la seconda tendenza, quella denominata *différentialiste* o separazionista, che tende ad affermare e a preservare le diversità culturali ed etniche al fine di riconoscere le identità dei popoli e delle tradizioni autoctone. Questo secondo approccio si fonda sulla convinzione che la Nuova Caledonia sia composta da più identità “che vivono insieme” e che dovrebbero essere riconosciute rispettando l'uguaglianza tra le diversità e la tutela delle minoranze⁴⁶, assicurando la convivenza e la coabitazione di due ordini giuridici distinti.

Tale tendenza ultima, come ha avuto modo di evidenziare la dottrina, dovrebbe garantire lo schema di un pluralismo giuridico “cooperatif et équilibré” e così assicurare la convivenza tra i due approcci metodologici tra loro complementari. Un tale approccio consente di garantire l'irreversibilità del pluralismo giuridico caledoniano che ha come corollario l'irreversibilità dell'organizzazione politica ed amministrativa della Nuova Caledonia (art. 76 Cost.) e come presupposto fondativo il riconoscimento dell'identità Kanak, come deroga al principio costituzionale contenuto nell'art. 75 della Costituzione francese⁴⁷.

In questa cornice al fine di assicurare le due anime della popolazione, la Nuova Caledonia dovrebbe assicurare un sistema socio-politico consociativo. Questo modello politico teorizzato da Lijphart, e concepito per le società

⁴⁵ E. Cornut, *Le pluralisme juridique en nouvelle-Calédonie: assimilationnisme ou différentialisme pour la sortie de l'Accord de Nouméa?*, in AA.VV. *L'Avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Acte du colloque universitaire, 17 e 18 novembre 2017, Nouvelle-Calédonie, 2018, 125. Cfr. J.C. Gay, *La Nouvelle-Calédonie, un destin peu commun*, IRD Éditions, coll. «Focus», Marseille, 2014. Si veda S. Bouard, J.M.Sourisseau, V. Géronimi, S. Blaise, L. Roí (eds.), *La Nouvelle-Calédonie face à son destin. Quel bilan à la veille de la consultation sur la pleine souveraineté ?*, Karthala, coll. «Hommes et sociétés», Paris, 2016. E. Cornut. P. Deumier, *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Décembre 2016, 260, disponibile su <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592950>, ultimo accesso 10 giugno 2019.

⁴⁶ Sui diritti dei popoli autoctoni, cfr. *Dichiarazione delle Nazioni Unite, adottata 12 sui diritti dei popoli autoctoni, adottata dal Gruppo di lavoro nella sessione' 1993; Capitolo 26 di Agenda 21, adottata Conferenza ONU sullo Sviluppo sostenibile, Rio de Janeiro, 1992; Convenzione n.169 sui popoli autoctoni e tribali, adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro (OIT) 27 giugno 1989.*

⁴⁷ L'articolo 75 della Costituzione francese stabilisce che “I cittadini della Repubblica che non hanno lo status civile di diritto comune, e di cui all'articolo 34, conservano lo status personale fino a rinunzia”.

profondamente divise, potrebbe consentire ai diversi gruppi sociali di beneficiare di una quota della propria rappresentanza politica⁴⁸.

A seguito del referendum del 2018, e dopo trent'anni di pace sociale, la sfida per la Nuova Caledonia, ancora divisa culturalmente e politicamente, resta quella di garantire il c.d. *vivre-ensemble* che costituisce il vero fondamento costituzionale dell'autonomia territoriale post-colonizzazione⁴⁹; un sentimento comune necessario per realizzare la coesione sociale e quei legami di affinità e solidarietà tra individui e comunità diverse, ma anche per superare definitivamente il ricordo della storia coloniale e annullare le disuguaglianze tra popolazioni autoctone ed europei.

6. L'autonomia della Nuova Caledonia tra unità e diversità

Come abbiamo avuto modo di dimostrare la Nuova Caledonia costituisce un territorio d'oltremare *sui generis* in cui la separazione tra Kanak e Caldoche potrebbe, per il futuro, ancora costituire il vero problema per la costruzione di una unica identità nazionale caledoniana⁵⁰.

Come ha avuto modo di chiarire la letteratura che si è occupata di analizzare il processo di “decolonizzazione” della Nuova Caledonia, il termine indipendenza per questa terra non è più un tabù⁵¹ e costituisce il punto di arrivo di un processo di transizione democratico ancora *in itinere*.

Sul piano politico istituzionale la Nuova Caledonia dovrà scegliere nei prossimi anni se optare per la piena indipendenza, con una scelta democratica matura e consapevole figlia di un nuovo referendum, o concludere, in una visione contrattualistica, un ulteriore accordo sociale per sperare in un completamento ancora graduale del processo di emancipazione dalla Repubblica francese.

In questo quadro l'esperienza della Nuova Caledonia rappresenta sicuramente un caso complesso quanto emblematico, di società multiculturale che si colloca tra le esigenze di globalizzazione, crisi della sovranità e dello Stato Nazione francese⁵², ma soprattutto tra tutela delle diversità e delle identità culturali.

⁴⁸ B. Vandendyck, *Les enjeux du processus d'indépendance en Nouvelle Calédonie*, in <http://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2017/01/Asia-Focus-15-Nouvelle-Cal%C3%A9donie-janv-2017.pdf>, ultimo accesso 10 giugno 2019.

⁴⁹ AA.VV., *La Nouvelle Calédonie: vouloir vivre ensemble. Un premier bilan du volet économique et financier des accords de Matignon*, Noumea, 1996.

⁵⁰ L. Chalard, *En Nouvelle-Calédonie, le multiculturalisme rend impossible la construction d'une identité nationale*, in <http://www.lefigaro.fr>, ultimo accesso 10 giugno 2019.

⁵¹ F. Angleviel, *Comprendre les référendums de 2018-2022 en Nouvelle-Calédonie, La France ou l'indépendance: décryptages historiques, socio-économiques et communautaristes*, Paris, 2018; in questo volume si mette in evidenza il lavoro di decolonizzazione compiuto dal 1945 prima di fare il punto della situazione socio-economica e politica dell'arcipelago neo-caledoniano.

⁵² Sulla crisi dello stato nazione si veda L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggieri A. Saitta, (eds.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2015. In particolare sulla crisi dello stato francese si veda L. Colella, *La crisi dello Stato nazione in Francia tra globalizzazione, multiculturalismo e libertà religiosa: brevi note dopo la querelle “anti burkini*, in AA.VV., *L'era di Antigone. Ars boni et aequi. Il diritto fra scienza, arte, equità e tecnica*, Mialno, 2016, 221.

Pertanto, in vista del completamento del processo di transizione, la Nuova Caledonia dovrà rispondere ad alcuni bisogni reali della società. Dal punto di vista della tutela delle libertà individuali e dei diritti fondamentali, la Nuova Caledonia dovrà assicurare l'uguaglianza sostanziale tra i diversi gruppi, ancora spesso distanti sul piano sociale e politico. Il territorio, purtroppo, ancora oggi rivendica maggiore libertà, piena autonomia e riconoscimento dell'identità nazionale dei popoli autoctoni; questi chiedono la proclamazione di uno stato autonomo con rivendicazioni di nuove posizioni di sovranità. In altri termini, il popolo dei Kanak non vuole essere relegato a mere "testimonianze etnografiche", ma rivendica il riconoscimento completo delle proprie identità di lingua, tradizioni, religione, cultura, ovvero mira al riconoscimento delle rispettive specialità. L'approccio autonomistico non mette tanto in discussione un eventuale vincolo con lo *Stato-madre*, ma rappresenta il rifiuto dell'integrazione e dell'assimilazione come controllo egemonico di una maggioranza su una minoranza etnica.

D'altro canto, assumono un certo peso dal punto di vista geopolitico i timori francesi nel caso di una futura indipendenza della Nuova Caledonia. La Francia teme di dover perdere i consistenti giacimenti di nickel situati nel sottosuolo della nazione oceaniana, i quali rappresentano circa l'11 per cento delle riserve mondiali del prezioso minerale, utilizzato principalmente nella produzione di acciaio inossidabile⁵³. Lo sfruttamento industriale del nickel è stato tra l'altro uno dei principali motori di rilancio dell'economia⁵⁴ neocaledoniana nel corso degli ultimi decenni, costituendo il 97 per cento delle esportazioni del paese e garantendo all'arcipelago una qualità di vita nettamente superiore a quella degli altri stati del Pacifico. Uno sviluppo economico che non si è tuttavia riflesso equamente sulla popolazione, dati gli alti tassi di povertà ancora oggi presenti tra gli indigeni - circa sei volte superiori rispetto a quelli dei loro concittadini bianchi - i quali per questo chiedono a gran voce l'autodeterminazione delle isole.

È evidente come nel caso della Nuova Caledonia l'esito del referendum del 2018 abbia nuovamente posto l'accento sulla contrapposizione, ancora oggi molto forte, tra istanze identitarie di popoli autoctoni e politiche assimilazioniste tipiche del nazionalismo francese.

Parafrasando una considerazione avanzata dalla socio-antropologa Caroline Graille, il referendum del 2018, a nostro avviso, ha confermato che il binomio "passione identitaria" e "destino comune" resta ancora una utopia tutta caledoniana⁵⁵.

In una società sempre più complessa e multiculturale, il futuro della Nuova Caledonia va ricercato nel tentativo di assicurare un costante punto di equilibrio

⁵³ C. Ris, A. Trannoy, É. Wasmer, (eds.) *L'économie néo-calédonienne au-delà du nickel*, note du Conseil d'analyse économique, n. 39/2017, Paris. Cfr. R. Vincent, *Nouvelle-Calédonie: des tabous, du nickel et des hommes*, Paris, 2013, 150.

⁵⁴ AA.VV., *Une grande société calédonienne: la société métallurgique Le Nickel SLN*, Nouméa, 1989; J. C. Briault, *Nouvelle-Calédonie, aspects économiques/New Caledonia, economical aspects*, Nouméa, 1971.

⁵⁵ C. Graille, *Passions identitaires et communauté de destin : une utopie calédonienne ?*, in *Journal de la Société des Océanistes* 2/2018, n° 147, 351-364.

tra la tutela delle identità dei Kanak (*identité kanak*)⁵⁶ e l'indivisibilità e l'unità del modello costituzionale francese. Questa ricerca, in altri termini, richiede uno sforzo comune per superare la “persistente bipolarizzazione” della vita politica e sociale, ovvero l'impegno di tutti di recuperare i valori costituzionali della libertà, dell'uguaglianza e della fraternità che possono rappresentare le direttrici costituzionali in grado di assicurare la coabitazione di culture e popoli diversi in una società complessa e plurale.

Ciò sarà realmente possibile se il manifesto politico del costruire il “destino comune”, che ha accompagnato la transizione istituzionale della Nuova Caledonia degli ultimi trent'anni, sarà inteso ed interpretato nel segno di garantire l'unità attraverso la diversità e la condivisione mediante la valorizzazione delle differenti identità.

⁵⁶ Come espressamente recita l'Accordo di Nouméa (*Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998*) all'art. 1 «L'organisation politique et sociale de la Nouvelle-Calédonie doit mieux prendre en compte l'identité kanak». Questo riferimento chiarisce un punto di non ritorno. La tutela dell'identità Kanak è una conquista che non può essere più smentita; pertanto non è più possibile immaginare un ritorno al passato. Sul punto si veda anche i contenuti della *Loi constitutionnelle n°98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie* che ha modificato gli artt. 76 e 77 della Costituzione e che conferisce alla Nuova Caledonia uno status di territorio d'oltremare sui generis.

La strategia di opposizione dell'Unione Europea all'arbitrato internazionale degli investimenti derivante da TBI intraunionali

di Alessandra Sardù

Abstract: The EU opposition strategy against international investment arbitration deriving from Intra-EU BITs – The aim of this article is to analyze in a critical manner the reasons underlying the European institutions strategy of opposition to intra-EU Investor-State Arbitration based on intra-EU BITs. The interventions of the European Commission and the recent CJEU's Achmea ruling have established the incompatibility of intra-EU investment arbitration with EU law. However, these directives of the European institutions, which have left many questions unresolved and have not clearly defined the post-Achmea scenario, have not been uniformly implemented by Member States, national courts and arbitral tribunals.

2581

Keywords: Intra-EU Investor-State Arbitration; Intra-EU BITs; Achmea judgment; AG Wathelet Opinion in Case c-284/16; Incompatibility of intra-EU Investor-State Arbitration and EU law.

1. La pratica dei TBI tra gli Stati membri

Gli Stati membri dell'Unione Europea vantano una tradizione risalente di Trattati Bilaterali sugli Investimenti (di seguito "TBI")¹, da quello più datato stipulato nel 1961 tra la Germania e la Grecia, fino al più recente tra la Lituania e la Croazia del 2008. I TBI attualmente in vigore nell'Unione Europea sono 196².

I TBI contengono clausole di risoluzione delle controversie che prevedono frequentemente il ricorso a tribunali arbitrali ad hoc o istituzionali, direttamente da parte del privato investitore contro lo Stato di investimento. L'arbitrato ha sempre rappresentato un modo privilegiato di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati membri, soprattutto perché conferendo la competenza

¹ I Trattati Bilaterali sugli Investimenti, c.d. *Bilateral Investment Treaties*, sono accordi conclusi tra due Stati per promuovere e proteggere gli investimenti posti in essere da investitori di nazionalità di uno Stato, c.d. "home State", nel territorio dello Stato di destinazione dell'investimento, c.d. "host State" (Per una visione d'insieme v. A. Tanzi, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Vicenza, 2019, 548ss.; M. Jacob, *Investments, Bilateral Treaties*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ed. telematica, giugno 2014; C. Schreuer, *Investment, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia*, cit., giugno 2013).

² Questo dato è riportato al par.3 delle Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet presentate il 19 settembre 2017, Corte giust., sent. 6-3-2018, c-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*.

giurisdizionale a un tribunale arbitrale neutrale, mette le parti al riparo delle ingerenze dei rispettivi Stati nelle decisioni dei propri organi giurisdizionali nazionali³.

Negli ultimi anni le istituzioni europee hanno messo in campo un'opposizione radicale e intransigente nei confronti dei TBI interni all'Unione Europea. Un ruolo determinante è stato svolto dalla Commissione Europea, che è intervenuta in qualità di *amicus curiae* in numerosi arbitrati e procedimenti giurisdizionali⁴, e ha attivato diverse procedure di infrazione rivolte agli Stati membri per porre fine ai rispettivi TBI intraunionali e impedire l'esecuzione dei lodi arbitrali⁵. E' in seguito intervenuta in un caso recente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (di seguito "CGUE"), con una sentenza che mina fortemente il ruolo dell'arbitrato degli investimenti all'interno dell'Unione Europea, stabilendo l'incompatibilità tra gli arbitrati di investimento derivanti dai TBI intra-UE e il diritto dell'Unione Europea⁶.

Questa crociata delle istituzioni europee ha suscitato reazioni contrapposte. Essa risulta sostanzialmente inconciliabile con la posizione espressa quasi unanimemente dai tribunali arbitrali intervenuti a vario titolo sulla questione⁷, che hanno rifiutato di declinare la propria giurisdizione sulla base di eccezioni fondate sul diritto unionale⁸. Molti Stati hanno invece mantenuto una posizione ambigua, da un lato appoggiando la tesi della Commissione⁹, ma poi nei fatti non dando seguito all'ordine di porre fine ai propri TBI¹⁰, dato che nel momento in cui si

³V. sul tema e per ulteriori approfondimenti M.Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, 1993, 9; G. Laborde, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, in *J. Int'l Dispute Settlement*, 2010, 102; L. Galanti, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, in *Riv. arb.*, 2017, 427.

⁴ Per un'analisi dettagliata di quest'aspetto si rinvia al par.2.1.

⁵V. *infra* par.2.1.

⁶V. *infra* par.2.2.

⁷V. *Anglia Auto Accessories Limited c. Repubblica Ceca*, caso SCC n. V 2014/181, 10 marzo 2017; *Jan Oostergetel e Theodora Laurentius c. Slovenia*, caso UNCITRAL, decisione sulla giurisdizione, 30-04-2010; *WNC c. Repubblica Ceca*, caso PCA n. 2014-34, 22-02-2017; *European American Investment Bank AG c. Slovenia*, caso PCA n. 2010-17, decisione sulla giurisdizione, 22 ottobre 2012.

⁸V. sul tema S.Wilske-C.Edworthy, *The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and Its Potential Collateral Damages*, in *J. Int'l Arb.*, 2016, 346ss.

⁹La questione dell'incompatibilità tra i TBI e il diritto unionale, era già stata sollevata, seppur in maniera non dettagliata, nell'Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments (ECFIN/CEFCPE(2006)REP/56882, del 15 novembre 2006), in cui viene affermato che "The EFC takes note that there are currently around 150 Bilateral Investment Treaties (BIT) still in force between the EU ;Member States, while part of their content has been superseded by Community law upon accession. In order to avoid legal uncertainties and unnecessary risks for Member States in the unclear situation, Member States are invited to review the need for such BITs agreements; and inform the Commission about the actions taken in this context so that progress can be reviewed by the EFC by the end of 2007".

¹⁰Nel Comunicato stampa della Commissione Europea del 18 giugno 2015, "La Commissione chiede agli Stati membri di porre fine ai trattati bilaterali di investimento intraunionali", disponibile su http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_it.htm, quest'ultima ha precisato di aver ripetutamente chiesto per diversi anni agli Stati membri di porre fine ai TBI intraunionali,

scrive risulta che siano pochi gli Stati ad aver terminato tutti i TBI intraunionali, tra cui l'Irlanda, l'Italia e la Romania¹¹.

In passato non si era registrata un'uniformità di vedute tra gli Stati membri in merito all'arbitrato internazionale degli investimenti intra-UE. Essi risultavano idealmente divisi in due gruppi, in base alla loro realtà economica. Il primo gruppo era rappresentato dai cosiddetti *capital-exporting States*¹², che difendevano la tesi della compatibilità dei TBI intra-UE con il diritto unionale. Si tratta dei paesi di maggiore provenienza degli investitori, quali l'Austria, la Finlandia, la Francia, la Germania e i Paesi Bassi¹³, che non sono stati mai o assai raramente citati come convenuti in arbitrati internazionali di investimento. Il secondo gruppo era rappresentato dai cosiddetti *capital-importing States*¹⁴, che sostenevano la tesi dell'incompatibilità dei TBI interni con i Trattati sull'Unione Europea (di seguito "TUE") e sul funzionamento dell'Unione Europea (di seguito "TFUE"). Questi Paesi sono stati citati come convenuti in numerosi arbitrati internazionali. La Repubblica Ceca detiene il record delle citazioni come convenuto.¹⁵ Tuttavia questa posizione utilitaristica degli Stati membri può ritenersi superata dalla dichiarazione sulle conseguenze giuridiche del caso Achmea¹⁶, sottoscritta da Stati di entrambi i gruppi, e in cui si sancisce definitivamente l'incompatibilità tra l'arbitrato degli investimenti intra-UE e il diritto unionale, e la volontà degli Stati membri di terminare i TBI intraunionali entro la fine del corrente anno.

Le ragioni che hanno indotto le istituzioni europee ad assumere posizioni così nette sono numerose, e si basano sostanzialmente sull'esigenza di preservare l'autonomia, l'uniformità e l'efficacia del diritto dell'Unione Europea, che sembrerebbero essere messi fortemente in discussione dall'esistenza dei TBI intra-UE e dalla pratica degli arbitrati¹⁷.

Quest'articolo si propone di ricostruire e analizzare criticamente le motivazioni addotte dalle istituzioni europee alla base della strategia di opposizione all'arbitrato degli investimenti basato sui TBI intraunionali. Saranno poi analizzate le possibili implicazioni sul futuro dell'arbitrato degli investimenti all'interno dell'Unione Europea.

senza tuttavia che seguissero azioni in tal senso (il comunicato è disponibile su http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_it.htm#_ftn3).

¹¹ *Ibid.*

¹² M. R. Calamita, *Sulla incompatibilità della "clausola ISDS" degli "intra-EU" BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea*, in *DPCE-Online*, 2018, 470 ss.

¹³ Questi dati sono riportati nelle Conclusioni dell'avvocato generale M. Wathelet, *cit.*, par. 35 ss. Per la dottrina v., tra tanti, Calamita, *Sulla incompatibilità della "clausola ISDS"*, *cit.*, 467 ss..

¹⁴ Calamita, *Sulla incompatibilità della "clausola ISDS"*, *cit.*, 470.

¹⁵ *Conclusioni Wathelet*, *cit.*, par. 34.

¹⁶ Declaration of the Representatives of the Government of the Member States of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union, disponibile su https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en. Per ulteriori approfondimenti sulla, v. *infra* par. 3.

¹⁷ Corte giust., sent. 6-03-2018, c-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, par. 59 disponibile su <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3184505>.

2. La strategia di opposizione delle istituzioni europee

La strategia di opposizione delle istituzioni europee all'arbitrato degli investimenti sulla base di TBI intraunionali si è andata evolvendo. In un primo momento è intervenuta la Commissione Europea utilizzando una serie di strumenti per contrastare in ogni sede possibile l'utilizzo dei TBI intraunionali e il ricorso all'arbitrato da essi scaturente, quali l'intervento come *amicus curiae* in procedimenti arbitrali e giurisdizionali, l'attivazione di procedure di infrazione e il ricorso alla procedura dell'articolo 108 del TFUE¹⁸. E' in seguito intervenuta la CGUE, che con la pronuncia del caso *Achmea*, che verrà dettagliatamente illustrata in seguito¹⁹, ha aperto nuovi scenari che si prospettano decisivi per i futuri assetti dell'arbitrato internazionale degli investimenti in ambito europeo.

2.1. La posizione della Commissione Europea

La Commissione Europea ha in passato incoraggiato l'uso dei TBI intra-UE, ritenendoli strumenti necessari per preparare l'adesione all'Unione Europea dei paesi dell'Europa centrale e orientale²⁰. Difatti gli accordi di associazione conclusi tra l'Unione Europea e diversi paesi candidati, quali la Croazia²¹, la Polonia²², la Romania²³ e l'Ungheria²⁴, prevedevano che questi paesi concludessero dei TBI con gli Stati membri, come è poi accaduto. La Commissione Europea ha in seguito mutato orientamento, sostenendo la tesi dell'incompatibilità dei TBI intraunionali con i Trattati UE e FUE²⁵. Nell'udienza del caso *Achmea*, la Commissione ha tentato di giustificare questo mutamento di posizione adducendo che i TBI erano accordi necessari per preparare l'adesione dei paesi candidati, e che quindi la loro esistenza trovava giustificazione esclusivamente durante il periodo di associazione²⁶. Tuttavia, come osservato dall'avvocato generale Wathelet nelle conclusioni relative al caso *Achmea*²⁷, quest'assunto è difficilmente conciliabile con la realtà, considerando che i trattati di adesione in questione non contengono

¹⁸V. *infra*, par.2.1.

¹⁹V. *infra*, par.2.2.

²⁰V. sul tema le conclusioni dell'avvocato generale M. Wathelet, *cit.*, par.40.

²¹Cfr. art. 85, § 2, dell'Accordo di stabilizzazione e di associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Croazia, dall'altra, firmato a Lussemburgo il 29 ottobre 2001 (GU 2005, L 26, 3).

²²Cfr. art. 73, §2, dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Polonia, dall'altra, firmato a Bruxelles, il 16 dicembre 1991 (GU 1993, L 348, 2).

²³Cfr. art. 74, §2 dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Romania, dall'altra, firmato a Bruxelles il 1 febbraio 1993 (GU 1994, L 357, 2).

²⁴Cfr. art. 72, §2, dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Ungheria, dall'altra, firmato a Bruxelles, il 16 dicembre 1991 (GU 1993, L 347, 2).

²⁵Si v. tra le altre Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Tutela degli investimenti Intra-UE*, 19 luglio 2018, COM(2018)547, p.2; Comunicato stampa della Commissione Europea del 18 giugno 2015, *cit.*.

²⁶*Achmea*, *cit.*, par.41.

²⁷Conclusioni dell'avvocato generale M. Wathelet, *cit.*, par. 40.

alcuna clausola in cui si preveda di porre fine ai TBI intraunionali sulla base della loro incompatibilità con i Trattati UE e FUE una volta completata l'adesione. E dunque, questo mutamento di orientamento della Commissione, in alcuni casi a distanza di molti anni, genera un notevole stato di incertezza su chi vi aveva fatto legittimamente affidamento²⁸.

La Commissione ha sostanzialmente la sua posizione ricorrendo prevalentemente a tre strumenti: (i) intervenendo in qualità di *amicus curiae* in una serie di procedimenti pendenti, (ii) attivando la procedura di infrazione ex articolo 258 TFUE, (iii) comminando l'ingiunzione di sospensione ex articolo 11 (1) del Regolamento CE 659/1999 e dando corso alla procedura ex articolo 108 del TFUE.

In merito al primo profilo, sono numerosi gli arbitrati in cui la Commissione è intervenuta utilizzando lo strumento processuale dell'*amicus curiae*²⁹. In dottrina c'è chi ha sottolineato come il ruolo della Commissione Europea sia stato utile nella misura in cui non si è limitata a chiarire l'ambito di applicazione e i contenuti del diritto unionale, ma ha fatto sempre valere l'esigenza che l'interpretazione dei TBI data dai tribunali arbitrali dovesse essere conforme agli obblighi degli Stati previsti dal diritto unionale³⁰. L'intervento della Commissione non è stato soltanto funzionale a coadiuvare i tribunali arbitrali nell'interpretazione del diritto unionale al fine di assicurarne un'applicazione uniforme, ma anche a rivendicare la competenza esclusiva propria in materia e la giurisdizione esclusiva della CGUE³¹. Attraverso lo strumento dell'*amicus curiae*, la Commissione ha avuto modo di prospettare quali conseguenze sarebbero derivate dall'adozione di un lodo contrario all'interpretazione del diritto unionale da essa fornita³².

²⁸Ivi, par.41.

²⁹V. tra gli altri *Electrabel S.A. c. Ungheria*, ICSID Case n. ARB/07/19; *AES Summit Generation Ltd. C. Ungheria*, ICSID Case No. ARB/07/22; *Micula c. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20; *Achmea B.V. c. Repubblica Slovenia*, PCA Case No. 2008-13; *U.S. Steel Glob. Holdings I B.V. c. Repubblica Slovenia*, PCA Case No. 2013-6; *European American Inv. Bank AG c. Repubblica Slovenia*, PCA Case No. 2010-17; *Iberdrola Energia S.A.c. Guatemala*, ICSID Case No.ARB/09/5; *Charanne B.V. c. Spagna*, SCC Case No.062/2012; *Antin InfrastructureSrvs. Lux. c. Spagna*, ICSID Case No.ARB/13/31; *EiserInfrastructure Ltd. c. Spagna*, ICSID Case No. ARB/13/36; *EDF International S.A. c. Ungheria*, UNCITRAL Rules Award, 4 dicembre 2014; *Easter Sugar B.V. c. Repubblica Ceca*, SCC Case No. 088/2004; *HellenicShipyards, Prinvest Holding SAL, PrinvestShipbuilding SAL Holding and Horn-BeteiligungGmbH c. Grecia*, ICC case 18675/GZ/MHM/AGF/ZG.

³⁰F.D. Simoes, *A Guardian and a friend? The European Commission's participation in investment arbitration*, in *Mich. State Int'l L. Rev.* 2017, 273.

³¹ Nel caso *Electrabel S.A. c. Ungheria*, ICSID Case n. ARB/07/19, come riportato nel Procedural Order 4 del 28 aprile 2019, la Commissione porta all'attenzione del tribunale arbitrale la questione della sua giurisdizione a decidere una controversia tra un investitore e uno Stato membro scaturente dal Trattato sulla Carta dell'Energia, ivi incluso su materie che sostanzialmente ricadrebbero nella competenza della Commissione.

³²Nell'arbitrato *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. EuropeanFood S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. c. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, la Commissione, intervenuta come *amicus curiae*, aveva fatto presente al tribunale arbitrale che l'esecuzione di un lodo che impone a uno Stato membro di ripristinare dei regimi di investimento considerati incompatibili con il mercato interno non avrebbe potuto aver luogo in quanto contrasterebbe con le regole della politica dell'UE in materia di aiuti di Stato.

La Commissione Europea è intervenuta come *amicus curiae* anche in alcuni procedimenti giurisdizionali, tra cui un procedimento di annullamento di un lodo ICSID innanzi alla Corte d'Appello statunitense³³, e un procedimento di opposizione all'esecuzione di un lodo ICSID intentato innanzi al Tribunale di Bucarest, tutt'ora pendente³⁴. In tutti questi casi, la Commissione ha cercato di affermare il suo ruolo di "guardiana" dei Trattati europei³⁵.

In merito al secondo profilo, le prime procedure di infrazione ex art. 258 TFUE in quest'ambito risalgono al 2015, e sono state avviate dalla Commissione Europea nei confronti di alcuni Stati membri, tra cui Paesi Bassi, Romania, Repubblica Slovena e Svezia³⁶. La Commissione ha chiesto a questi paesi di porre fine ai TBI intraunionali. La procedura di infrazione è stata avviata dopo diverse interlocuzioni intercorse negli anni con i suddetti Stati, e in generale con tutti gli Stati membri, in cui la Commissione aveva prospettato l'incompatibilità dei TBI con il diritto unionale, senza che tuttavia seguisse alcuna azione³⁷. Le argomentazioni poste alla base del ragionamento della Commissione tendono a evidenziare che i TBI conferiscono diritti su base bilaterale solo agli investitori di alcuni Stati membri, e questo sarebbe contrario ai principi del mercato unico, che invece in materia di investimenti transfrontalieri prevede che tutti gli Stati siano soggetti alle stesse norme dell'UE. Il principio della nazionalità che è alla base dei TBI si tradurrebbe in una discriminazione nei confronti di alcuni investitori cui non sarebbe accordata la stessa protezione degli altri privilegiati dalle relazioni bilaterali. La Commissione ha inoltre affermato che non sussisterebbe alcuna esigenza di ricorrere all'arbitrato in quanto all'interno dell'UE esiste un sistema completo di rimedi giurisdizionali³⁸, in grado di offrire una tutela giurisdizionale effettiva per i diritti degli investitori in conformità al diritto unionale³⁹. Come evidenziato dal Commissario per la stabilità finanziaria Jonathan Hill, i TBI intraunionali risulterebbero superati e superflui all'interno del mercato unico europeo, avendo soltanto l'effetto di frammentarlo e di generare potenziali conflitti con la legislazione europea in materia di investimenti transfrontalieri⁴⁰.

³³*Brief for European Commission as Amici Curiae in Support of Defendant-Appellant, Micula v. Romania*, No. 15 Misc. 107 (LGS), 2015 WL 5257013, ¶ 1 (S.D.N.Y. 2015), appeal filed, No. 15-3109 (2d Cir. 2015), disponibile su <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7096.pdf>

³⁴Tribunale di Bucarest, *Romania c. Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L.*, 26 maggio 2014, disponibile su http://ec.europa.eu/competition/court/tribunalul_bucuresti_1_ro.pdf

³⁵*Brief for European Commission*, cit., parr.11-12.

³⁶Comunicato stampa della Commissione Europea del 18 giugno 2015, cit..

³⁷*Ibid.*

³⁸A norma dell'articolo 19 par.1 del TUE gli Stati membri hanno l'obbligo di fornire rimedi sufficienti ad assicurare la tutela giurisdizionale effettiva nei campi che rientrano nel diritto dell'UE.

³⁹Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Tutela degli investimenti*, cit., 22.

⁴⁰Comunicato stampa della Commissione Europea del 18 giugno 2015, cit.

In merito al terzo profilo, la Commissione ha emesso un'ingiunzione di sospensione ex articolo 11(1) del Regolamento CE 659/1999⁴¹ nei confronti della Romania, parte soccombente nell'arbitrato ICSID *Micula c. Romania*⁴². È utile ripercorrere brevemente i fatti del caso. A seguito dell'abrogazione degli incentivi all'investimento previsti dalla normativa rumena EGO⁴³, cinque ricorrenti hanno iniziato un arbitrato ICSID contro la Romania sulla base del TBI Romania-Svezia. Nel corso del procedimento arbitrale, la Commissione europea è intervenuta in qualità di *amicus curiae* affermando che gli incentivi previsti dalla EGO 24 erano da ritenersi incompatibili con le norme comunitarie in materia di aiuti a finalità regionale, e che qualunque decisione intesa a ristabilire i privilegi aboliti dalla Romania con l'eliminazione di tale normativa, o a risarcire i ricorrenti della perdita di tali privilegi, si sarebbe tradotta nella concessione di un nuovo aiuto incompatibile con il Trattato FUE. La Commissione faceva inoltre valere che non avrebbe potuto avere luogo l'esecuzione di un lodo che imponesse alla Romania di ripristinare tali regimi di investimento incompatibili col mercato interno, in quanto ciò sarebbe in contrasto con le regole unionali in materia di aiuti di Stato⁴⁴. Il tribunale arbitrale ICSID condannava la Romania al pagamento della somma di 178 milioni di euro nei confronti dei ricorrenti per violazione della clausola sul trattamento giusto ed equo contenuta nel TBI Romania-Svezia. La Romania aveva dato parziale adempimento al lodo effettuando una compensazione tra parte del risarcimento concesso ai ricorrenti dal Tribunale e le imposte dovute alle autorità rumene da una delle società ricorrenti⁴⁵, a seguito del quale è stata destinataria di

⁴¹L'ingiunzione di sospensione prevista all'articolo 11 del Regolamento 165/1999 è una decisione con cui la Commissione ordina ad uno Stato membro di sospendere l'erogazione di ogni aiuto concesso illegalmente, fino a che essa non decida in merito alla compatibilità dell'aiuto con il mercato comune (Cfr. articolo 11 del Regolamento CE n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in Gazzetta ufficiale n. L 083 del 27/03/1999, p. 0001-009).

⁴²*Micula, ICSID Case, cit.*

⁴³La normativa EGO 24 è stata adottata dalle autorità rumene con l'ordinanza governativa d'emergenza n. 124/1998 del 2 ottobre 1998. Essa concedeva una serie di incentivi, quali ad esempio l'esenzione dal pagamento dei dazi doganali e dell'imposta sul valore aggiunto per macchinari e il rimborso dei dazi doganali su materie prime, a coloro che decidevano di investire in regioni sfavorite, (Cfr. par. 5 della sentenza del Tribunale dell'Unione Europea (Seconda Sezione), sent. 18-06-2019, cause T-624/15, T-694/15 e T-704/15, *European Food SA et al. c. Commissione Europea*). Questa normativa veniva poi sostituita dalla EGO 75, entrata in vigore il 1 luglio 2000, a seguito della decisione n.244/2000 del Consiglio per la concorrenza adottata il 15 maggio 2000 in cui si constatava che alcuni incentivi offerti nell'ambito della EGO 24 dovevano essere considerati come aiuti di stato al funzionamento e pertanto dovevano essere eliminati in quanto causavano una distorsione della concorrenza. Nel 2000 la Romania avviava i negoziati di adesione all'Unione. Quest'ultima nella posizione comune del 21 novembre 2001 rilevava che gli strumenti previsti dalla EGO non erano compatibili col diritto unionale (Cfr. par.11, *European Food SA, cit.*). Pertanto, al fine di completare i negoziati di adesione all'Unione Europea, la Romania abrogava tutti gli incentivi concessi in forza della EGO, ad eccezione dello strumento dell'imposta sugli utili. Quest'abrogazione è stata effettiva dal 22 febbraio 2005, e il 1 gennaio 2007 la Romania ha aderito all'Unione Europea.

⁴⁴ Cfr. par. 17, *European Food SA, cit.*

⁴⁵Decisione (UE) 2015/1470 della Commissione del 30 marzo 2015 relativa all'aiuto di Stato S.A.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione al lodo arbitrale *Micula/Romania* dell'11 dicembre 2013 (GU L 232/43 del 4.9.2015), punto 3.

un'ingiunzione di sospensione ex articolo 11(1) del Regolamento 659/1999 da parte della Commissione. Con quest'ingiunzione la Commissione intimava alla Romania di sospendere qualsiasi azione che potesse dar luogo all'attuazione o all'esecuzione della parte del lodo non ancora corrisposta, in quanto sarebbe equivalso al pagamento di un aiuto di Stato illegale, e ciò fino a quando la Commissione non avesse adottato una decisione finale sulla compatibilità dell'aiuto di Stato col mercato interno. All'ingiunzione ha poi fatto seguito la decisione di avvio del procedimento di cui all'articolo 108(2) del TFUE ⁴⁶in relazione alla parziale attuazione del lodo da parte della Romania e all'eventuale ulteriore attuazione o esecuzione del lodo. La Commissione ha ritenuto che il pagamento del risarcimento agli investitori attraverso l'attuazione e l'esecuzione del lodo costituisca un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107 del TFUE. Dunque, nel ragionamento della Commissione, qualora l'attuazione di un TBI intraunionale impedisca l'applicazione del diritto dell'Unione, le disposizioni di diritto primario dell'Unione quali gli articoli 107 e 108 del TFUE devono prevalere⁴⁷. Tale decisione della Commissione è stata impugnata dai ricorrenti innanzi al Tribunale dell'Unione Europea, che si è recentemente pronunciato⁴⁸. Il Tribunale, dopo aver vagliato approfonditamente tutti gli argomenti dei ricorrenti⁴⁹, ha disposto l'annullamento della decisione della Commissione. Il Tribunale ha rilevato che tutti i fatti alla base della controversia⁵⁰, fino al ricorso al tribunale arbitrale, hanno avuto luogo prima dell'adesione della Romania all'Unione Europea. Nello specifico, il lodo arbitrale mirava a compensare in modo retroattivo l'abrogazione della normativa EGO avvenuta nel 2005, stabilendo dunque l'ammontare del

⁴⁶L'articolo 108 comma 2 del TFUE prevede che qualora la Commissione costati che un aiuto concesso da uno Stato non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, essa debba adottare una decisione in base alla quale stabilisce che lo Stato interessato debba sopprimerlo o modificarlo entro un dato termine (Cfr. art. 108 (2) della Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in Gazzetta ufficiale n. 115 del 09/05/2008, p. 0092)

⁴⁷ Decisione (UE) 2015/1470 della Commissione del 30 marzo 2015 relativa all'aiuto di Stato S.A.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione al lodo arbitrale Micula/Romania dell'11 dicembre 2013 (GU L 232/43 del 4.9.2015), par.104.

⁴⁸ Il presidente della Seconda Sezione ampliata del Tribunale ha deciso in data 7 febbraio 2018 di riunire ai fini della fase orale le decisioni T-694/15, T-694/15 e T-704/15 ai sensi dell'articolo 68, paragrafo 2, del regolamento di procedura (Cfr. par.50, *European Food SA, cit.*).

⁴⁹ Per un'analisi approfondita della sentenza in questione si rinvia a J.Hepburn, *Micula brothers score enforcement victory, as EU General Court annuls Commission's decision to prohibit Romania from paying ICSID award*, in *IAReporter*, 18 giugno 2019; G. Croisant, *Micula Case: The General Court Quashes the Commission's Decision and Rules that the Award is Not State Aid*, in *Kluwer Arbitration Blog* 19 giugno 2019, disponibile su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/19/micula-case-the-general-court-quashes-the-commissions-decision-and-rules-that-the-award-is-not-state-aid/>

⁵⁰ Cfr. par.71 della sentenza *European Food SA, cit.*, dove il Tribunale specifica che "risulta dagli antefatti delle controversie che tutti i fatti connessi all'EGO, vale a dire l'adozione dell'EGO da parte della Romania, l'ottenimento da parte delle società ricorrenti dei certificati che consentivano loro di beneficiare degli incentivi previsti da detta EGO e le infrazioni commesse dalla Romania in tale occasione nonché il ricorso al tribunale arbitrale dai ricorrenti in arbitrato, hanno avuto luogo prima dell'adesione della Romania all'Unione il 1° gennaio 2007"

danno subito dai ricorrenti per violazioni commesse dalla Romania in epoca antecedente alla sua adesione all'Unione Europea⁵¹. Sul punto il Tribunale ha precisato che il fatto che il lodo sia stato emesso nel 2013, quindi in epoca posteriore all'adesione della Romania all'Unione Europea, non varrebbe a qualificarlo “come aiuto nuovo e a fondare quindi la competenza della Commissione e l'applicabilità del diritto dell'Unione per tutti gli eventi sopravvenuti in passato, vale a dire i fatti all'origine delle controversie che sono anteriori all'adesione della Romania all'Unione”⁵². La Commissione avrebbe dunque erroneamente applicato in maniera retroattiva le sue competenze ai sensi dell'articolo 108 TFUE e del regolamento n.659/1999 a fatti anteriori all'adesione della Romania all'Unione, e avrebbe altresì erroneamente qualificato “la misura di cui trattasi come aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE”⁵³. Difatti il lodo si sarebbe limitato ad accertare l'esistenza di un diritto al risarcimento che è sorto nel 2005, e dunque non avrebbe avuto “l'effetto di far nascere l'applicabilità del diritto dell'Unione e della competenza della Commissione a tale periodo anteriore”⁵⁴. Il lodo non può dunque essere considerato, per i periodi anteriori all'adesione, come il risarcimento del diritto di un aiuto illegittimo o incompatibile con il diritto dell'Unione. Da ciò la Commissione fa discendere che la decisione impugnata è da ritenersi illegittima “in quanto ha qualificato come vantaggio e aiuto ai sensi dell'articolo 107 TFUE l'attribuzione, da parte del tribunale arbitrale, di un risarcimento diretto a compensare i danni derivanti dal ritiro delle misure di incentivi fiscali, quantomeno per il periodo precedente la data di entrata in vigore del diritto dell'Unione in Romania”⁵⁵. E' plausibile che questa sentenza, quantunque sia ancora impugnabile innanzi alla Corte di Giustizia, avrà degli effetti determinanti sui vari giudizi per l'esecuzione del lodo attualmente sospesi, tra cui quello innanzi alla Corte Suprema inglese⁵⁶.

La posizione espressa dalla Commissione nelle varie sedi fin qui considerate è stata avvalorata e ripresa in quasi tutti i suoi elementi dalla CGUE nel caso che analizzeremo nel prossimo paragrafo.

2.2. La posizione della CGUE

In questo clima, è recentemente intervenuta la CGUE che si è pronunciata sulla compatibilità tra i TBI e il diritto dell'Unione Europea. Quest'intervento, quanto mai atteso, consentirà alle corti nazionali di portare a termine tutti quei giudizi di

⁵¹ Cfr. parr.74-75 *European Food SA*, cit.

⁵² Ivi, par.77.

⁵³ Ivi, parr. 79 et seq.

⁵⁴ Ivi, par.104.

⁵⁵ Ivi par.108.

⁵⁶ *Micula and others (Respondents/Cross-Appellants) v Romania (Appellant/Cross-Respondent)*, Case ID: UKSC 2018/0177, disponibile su <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0177.html>.

esecuzione dei lodi arbitrali sospesi in attesa di conoscere un orientamento unitario della Corte sul tema⁵⁷.

Nel caso *Achmea*⁵⁸, un tribunale arbitrale UNCITRAL condannava la Repubblica di Slovacchia al pagamento di circa 22 milioni di euro in favore di Achmea, società appartenente a un gruppo assicurativo olandese, per aver adottato delle misure legislative, tra cui il divieto di distribuzione degli utili e il divieto di trasferimenti, costituenti violazioni degli articoli 3 (trattamento giusto e equo) e 4 (libero trasferimento) del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia entrato in vigore nel 1992.

La Repubblica Slovacca impugnava il lodo innanzi alla corte della sede dell'arbitrato, ossia il Tribunale superiore del Land di Francoforte sul Meno in Germania. Il ricorso veniva respinto, e tale decisione veniva impugnata innanzi alla Corte Federale di Giustizia Tedesca. In tale contesto, la ricorrente sosteneva che il lodo dovesse essere annullato per contrarietà all'ordine pubblico, così come la clausola arbitrale che aveva dato luogo a tale pronuncia. Nello specifico, la Repubblica Slovacca faceva valere che il collegio arbitrale non aveva tenuto conto di disposizioni di diritto unionale di rango superiore in materia di libera circolazione dei capitali, non avendo lo stesso il potere di investire la CGUE di una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art.267 TFUE. In merito alla nullità della clausola arbitrale contenuta nel TBI, la ricorrente sosteneva che tale accordo fosse contrario agli articoli 18, 267 e 344 del TFUE.

La Corte Federale di Giustizia non ritenendo di poter dedurre una risposta dalla giurisprudenza esistente, decide di sospendere il procedimento e sottoporre alla CGUE tre questioni pregiudiziali, al fine di chiarire se la clausola di risoluzione delle controversie contenuta all'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia dovesse ritenersi contraria al TFUE ed in particolare agli articoli 18, 267 e 344 dello stesso. La CGUE tratta le questioni nell'ordine inverso rispetto al quale le vengono prospettate, e non ritiene di doversi pronunciare sulla questione pregiudiziale inerente all'articolo 18 che si riferisce al principio di non discriminazione.

La CGUE afferma che l'articolo 8 del TBI pregiudica l'autonomia del diritto dell'Unione. E che gli articoli 267 e 344 TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano a una clausola di risoluzione delle controversie contenuta in un accordo internazionale tra gli Stati membri, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un arbitrato contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale.

Il ragionamento espresso dalla CGUE ruota dunque intorno a due norme fondamentali del diritto unionale, ossia gli articoli 267 e 344 del TFUE, che hanno la funzione di assicurare l'uniforme ed effettiva applicazione del diritto unionale. La CGUE articola il suo ragionamento in tre punti.

⁵⁷V. sul tema e per maggiori approfondimenti J. Dahlquist, *Analysis: Now that first EU court has set aside an intra-EU BIT award due to Achmea ruling, we look at the fate of three other awards*, in *IARReporter*, 12 novembre 2018.

⁵⁸*Achmea*, cit.

La prima questione che la Corte si trova a dover affrontare è quella di dover stabilire se la controversia derivante dal TBI possa essere relativa all'applicazione e all'interpretazione del diritto unionale e dunque rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 344 TFUE.

Questa norma può essere considerata espressione del principio dell'autonomia del sistema giuridico dell'Unione Europea, giacché essa prescrive che gli Stati membri si debbano impegnare a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso⁵⁹.

La CGUE ritiene che nel caso di specie le parti abbiano invece sottoposto al tribunale arbitrale delle questioni che riguardano l'interpretazione e l'applicazione dei trattati stessi⁶⁰. La CGUE osserva che anche volendo considerare che la giurisdizione dei tribunali arbitrali sia limitata a verificare la sussistenza di violazioni del TBI, il diritto unionale può comunque venire in rilievo⁶¹. Nello specifico, il tribunale arbitrale deve applicare il diritto degli Stati membri contraenti del TBI, e ogni accordo vigente tra gli stessi. E il diritto dell'Unione per sua natura deve essere considerato come facente parte del diritto in vigore in ogni Stato membro.⁶² Per questa ragione la Corte ritiene che il tribunale arbitrale si trovi a doversi esprimere sull'applicazione e sull'interpretazione del diritto unionale, e che sussista quindi una violazione dell'articolo 344 TFUE. Questo passaggio del ragionamento della CGUE si discosta notevolmente da quanto affermato dall'avvocato generale⁶³, che nelle conclusioni basa la sua analisi su due argomenti principali. In primo luogo, l'Avvocato Generale osserva che dalla giurisprudenza della Corte si evince che l'articolo 344 si riferisce alle controversie tra Stati membri, e a quelle tra gli Stati membri e l'Unione, e non alle controversie tra privati e Stati membri, sebbene anche in quest'ultimo caso il giudice sia tenuto ad applicare il diritto unionale⁶⁴. Per chiarire meglio la portata di quest'affermazione, Wathelet cita un esempio particolarmente eloquente, quello del sistema giurisdizionale della Cedu⁶⁵. Se si ritenesse che le controversie tra privati e Stati sottoposte alla Cedu rientrassero nell'ambito di applicazione dell'articolo 344 TFUE, si verificherebbe un inevitabile contrasto e un'insanabile incompatibilità tra il sistema Cedu e il TFUE. La Commissione aveva obiettato a quest'osservazione ritenendo che le controversie tra investitori e Stati membri

⁵⁹ Cfr. art. 344 del TFUE, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008E344&from=EN>

⁶⁰ *Achmea*, cit., par. 42.

⁶¹ *Achmea*, cit., parr. 40 ss.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Le conclusioni dell'avvocato generale hanno suscitato pareri contrastanti in dottrina e tra gli addetti ai lavori. V. sul tema I. Dimitrov, *Digesting the AG Wathelet Opinion in Case c-284/16 Slovakische Republik v Achmea BV. Is It A Trap?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 7 ottobre 2017; E. Buczkowska, P. Treder, W. Sadowski, *The House Always Wins Remarks on AG Wathelet's Opinion in the C-284/16 Achmea Case*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 22 novembre 2017; A. de Luca, *The Intra EU-BITs in the Opinion of AG Wathelet between Light and Shadow*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 4 febbraio 2018.

⁶⁴ *Conclusioni Wathelet*, cit., parr. 146 ss.

⁶⁵ *Ivi*, par. 151.

debbano in realtà essere considerate come controversie tra Stati membri, in quanto avviando un arbitrato sulla base del TBI l'investitore non esercita un diritto proprio ma un diritto che il TBI conferisce al suo Stato d'appartenenza⁶⁶. Tuttavia questa tesi, anche nota come "derivative model"⁶⁷, è attualmente minoritaria rispetto a quella denominata "direct model", secondo cui i TBI conferiscono diritti direttamente agli investitori⁶⁸. In secondo luogo, l'avvocato generale osserva che se anche si volesse ritenere che l'articolo 344 TFUE debba applicarsi nei rapporti tra privati e Unione Europea, resterebbe comunque da chiedersi se la controversia nascente dal TBI sia effettivamente inerente all'interpretazione o all'applicazione dei trattati⁶⁹. La Commissione Europea aveva ritenuto che l'articolo 344 TFUE trovasse applicazione nel caso *Achmea* per analogia con quanto affermato nella sentenza *Commissione c. Irlanda*⁷⁰. In questa sentenza, così come nel parere 2/13⁷¹, la CGUE aveva ritenute che le controversie erano relative all'interpretazione e all'applicazione dei Trattati UE e FUE anche se rientravano in accordi internazionali⁷². Tuttavia Whatelet non condivide queste conclusioni della Commissione, affermando che le stesse siano da ritenersi valide soltanto se riferite ai due casi menzionati. Nel primo caso, ossia nella controversia *Commissione c. Irlanda*, l'Unione Europea era parte della Convenzione delle

⁶⁶ La posizione della Commissione viene riportata nelle Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet, *cit.*, al par. 154.

⁶⁷ Per un maggiore approfondimento delle teorie del "derivative model" e del "direct model" V. Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009, 17 ss. La Corte di Giustizia nel caso *Achmea* fa proprio quest'approccio teorico, seguendo dunque l'impostazione della Commissione che nelle sue difese fa riferimento in particolare a due lodi arbitrali: *Loewen Group & Raymond L. Loewen c/ Stati Uniti d'America*, caso ICSID n. ARB/98/3, 26 giugno 2003, § 233, che è generalmente considerato l'emblema dell'approccio derivativo, e *Archer Daniels Midland Company e Tate & Lyle Ingredients America Inc. c/ Messico*, caso ICSID n. ARB/04/05, 21 novembre 2007, par. 178).

⁶⁸ La tesi del "direct model" è ormai prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza. Per maggiori approfondimenti v. Z. Douglas, *cit.*, 17 ss.; J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", in *ICSID Review of Foreign Investment L.J.*, 1995, 256; T. Walde, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty", in *Arb. Int'l*, 1996, 435-437; G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'Etat", in *Rev. de l'arb.*, 1995, 3. In giurisprudenza, a favore del direct model possono essere rinvenute sia pronunce delle corti nazionali, tra cui *Occidental Exploration & Production Company c. Ecuador* [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, § 22, e Corte int., *Germania c. Stati Uniti d'America*, in *Rec.*, 2001, 466, par. 78, che quelle di tribunali arbitrali, tra cui *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/01/8, decisione sulla giurisdizione, 17 luglio 2003, par. 45; *American Manufacturing & Trading Inc. c/ Repubblica dello Zaire* caso ICSID n. ARB/93/1, 2 febbraio 1997, par. 6.06; *Corn. Products International, Inc. c/ Messico*, caso ICSID n. ARB/04/01, 15 gennaio 2008, §§ 174-176; *Cargill Inc. c/ Messico*, caso ICSID n. ARB/05/2, 18 settembre 2009, par. 424-426; *European American Investment Bank AG c/ Slovenia*, caso PCA n. 2010-17, decisione sulla giurisdizione, 22 ottobre 2012, par. 445.

⁶⁹ Cfr. par. 73 delle *Conclusioni Wathelet*, *cit.*

⁷⁰ Ivi, par. 161. Si tratta della sentenza Corte giust., sent. 30-05-2006, c-459/03, *Commissione c. Irlanda*.

⁷¹ Corte giust., parere 18-12-2014, n. 2/13, disponibile su <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=IT>. Con questa domanda di parere, la Commissione europea chiedeva alla CGUE se il progetto di accordo sull'adesione dell'Unione Europea alla Cedu, firmata a Roma il 4 novembre 1950, fosse compatibile con i Trattati unionali.

⁷² Cfr. par. 163 delle *Conclusioni Wathelet*, *cit.*

Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982, e dunque quest'ultima faceva parte del diritto unionale. Nel secondo caso, ossia nel parere 2/13, l'Unione Europea si apprestava ad aderire alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che quindi avrebbe a sua volta fatto parte del diritto dell'Unione⁷³. A parere dell'avvocato generale il caso *Achmea* si differenzerebbe da entrambi i casi citati, in quanto l'Unione Europea non è parte del TBI da cui è sorta la controversia, e dunque quest'ultimo non è da ritenersi parte del diritto unionale⁷⁴. Pertanto la competenza esclusiva della CGUE garantita dall'articolo 344 TFUE non sarebbe in alcun modo messa in discussione⁷⁵. E a nulla varrebbe nemmeno l'argomento della Commissione per cui il diritto dell'Unione rilevarebbe in quanto facente parte del diritto applicabile alle controversie tra investitori e Stati parti di detto TBI. A tal proposito, Wathelet osserva che non esiste alcuna norma di diritto unionale che impedisce agli arbitri di prendere in considerazione e di applicare il diritto dell'Unione⁷⁶. Tuttavia, il fatto che il diritto dell'Unione faccia parte del diritto applicabile alle controversie tra investitori e Stati ai sensi del TBI, non implica che tali controversie siano relative all'interpretazione e applicazione dei Trattati UE e TFUE, dal momento che l'ambito di applicazione del TBI e le norme giuridiche introdotte da quest'ultimo non sono identici a quelli dei Trattati UE e FUE⁷⁷. In altri termini, il tribunale arbitrale non sarebbe competente a statuire sulle presunte violazioni del diritto dell'Unione in quanto tali. Infatti, il compito del collegio arbitrale non è quello di accertare se lo Stato membro abbia violato i suoi obblighi derivanti dai Trattati UE e FUE e dal diritto unionale nei confronti dell'investitore. Al contrario, esso è tenuto a statuire sulle presunte violazioni del TBI da parte dello Stato che ospita l'investimento, e il diritto dell'Unione è uno degli elementi pertinenti di cui tener conto al fine di valutare il comportamento dello Stato riguardo a detto TBI⁷⁸. L'ambito di applicazione del TBI è più ampio di quello dei Trattati UE e FUE, e le norme giuridiche introdotte da quest'ultimo non hanno equivalenti nel diritto dell'Unione, sebbene alcune di essi possano sovrapporsi a norme del diritto unionale, senza tuttavia giungere a risultati incompatibili con i Trattati UE e FUE⁷⁹. Queste considerazioni non sono però accolte dalla CGUE, che ritiene che anche supponendo che il tribunale arbitrale sia chiamato a pronunciarsi solo su un'eventuale violazione del TBI, esso deve tenere conto del diritto della parte contraente interessata e di qualsiasi accordo pertinente tra le parti⁸⁰. Da ciò deriverebbe che "tenuto conto della natura e delle caratteristiche del diritto dell'Unione...tale diritto deve essere considerato al contempo come facente parte del diritto in vigore in ogni Stato membro e in

⁷³ Cfr. par.164 delle *Conclusioni Wathelet*, cit.

⁷⁴ Ivi, par.167.

⁷⁵ Ivi, par.168.

⁷⁶ Ivi, parr.169ss.

⁷⁷ Ivi, par.173.

⁷⁸ Ivi, parr.174 ss.

⁷⁹ Ivi, par.181.

⁸⁰ *Achmea*, cit., par.40.

quanto derivante da un accordo internazionale tra gli Stati membri”⁸¹. Per questa ragione, la CGUE ritiene che il tribunale arbitrale è chiamato a interpretare o applicare il diritto unionale, ivi incluse le disposizioni concernenti le libertà fondamentali⁸².

Alla luce di queste conclusioni, la CGUE ritiene di dover esplorare il secondo profilo, ossia se sussistendo il rischio di pregiudicare l'autonomia del diritto unionale, gli arbitri hanno la possibilità di richiedere un rinvio pregiudiziale alla CGUE.

Lo strumento del rinvio pregiudiziale è previsto all'articolo 267 TFUE per garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. E' uno strumento che consentendo il dialogo tra i giudici nazionali e la CGUE, mira ad assicurare l'unità dell'interpretazione del diritto dell'Unione, e garantire la coerenza e l'autonomia di tale diritto. La CGUE ritiene che i tribunali arbitrali non debbano essere considerati come una giurisdizione di uno Stato membro, dato il loro carattere derogatorio rispetto alla giurisdizione statale⁸³. Dunque, i tribunali arbitrali non sarebbero legittimati a proporre rinvio pregiudiziale alla CGUE⁸⁴. Wathelet aveva invece concluso in senso opposto, ritenendo che il collegio arbitrale UNCITRAL dovesse essere considerato giudice di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 267 TFUE, al pari di quanto era stato stabilito per la Corte del Benelux nella causa *Parfums Christian Dior*.⁸⁵ Il vantaggio di una simile impostazione starebbe nel fatto che se i collegi arbitrali sono equiparati alle corti nazionali degli Stati membri, essi si inseriscono nel dialogo giurisdizionale e sono tenuti ad applicare il diritto dell'Unione, e a rispettare i suoi principi fondanti, quali il primato del diritto unionale sui diritti degli Stati membri e su qualsiasi impegno internazionale assunto tra gli Stati membri, ivi inclusa l'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini europei e agli stessi Stati membri. A ciò andrebbe aggiunto che in caso di mancata o errata applicazione del diritto unionale da parte dei tribunali arbitrali istituiti dagli Stati membri, si potrebbe far valere la responsabilità degli Stati membri interessati”⁸⁶.

La CGUE passa poi all'esame della terza questione, ossia se l'uniformità e l'efficacia del diritto unionale possano comunque essere salvaguardati laddove il lodo sia soggetto al controllo delle corti nazionali, e siano queste ultime ad avere la facoltà di proporre rinvio pregiudiziale alla CGUE. La Corte osserva che il

⁸¹ *Ivi*, par.41.

⁸² *Ivi*, par.42.

⁸³ *Ivi*, parr.45 ss. .

⁸⁴ Per un'analisi approfondita del tema si rinvia a M. Benedettelli, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?*, in *Verso un "ordine comunitario" del processo civile: pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, a cura di Boschiero, Bertoli, Napoli, 2008, p. 111 ss.; S. Biavati, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 432; A. Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, p. 786 ss.; M. Gregori, *L'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli arbitri. Riflessioni e prospettive in tema di rinvio pregiudiziale*, in *Ricerche giuridiche*, 3, 2, 2014, pp. 295-312.

⁸⁵ Corte giust., sent. 4-11-1997, c-337/95, *Parfums Christian Dior SA c. Parfums Christian Dior BV*.

⁸⁶ Cfr. parr.134-5 delle Conclusioni Wathelet, *cit.*

controllo giurisdizionale sul lodo può essere esercitato soltanto nella misura in cui la legge della sede lo contempli, e sulla base di motivi limitati⁸⁷. La Corte aveva precedentemente statuito in alcune pronunce riguardanti l'arbitrato internazionale commerciale che questa forma di controllo limitato è giustificabile e serve a garantire l'efficacia del procedimento arbitrale, purché vengano rispettate le disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione che a loro volta esaminate nell'ambito di tale controllo, possono poi essere eventualmente oggetto di rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte.⁸⁸ Tuttavia nel caso *Achmea* la CGUE afferma che mentre tale controllo è sufficiente a garantire l'unità del diritto unionale nel caso dell'arbitrato internazionale commerciale, non si può affermare lo stesso in connessione all'arbitrato internazionale degli investimenti, in quanto i due procedimenti sarebbero distinti rispetto alla propria origine, derivando il primo dall'autonomia della volontà delle parti in causa, e il secondo da un trattato⁸⁹. Questo passaggio della sentenza risulta di difficile comprensione, e gli elementi utilizzati per stabilire un diverso regime tra arbitrato internazionale commerciale e arbitrato internazionale degli investimenti appaiono, a parere di chi scrive, deboli sotto due profili principali. In primo luogo, va osservato che non sempre un procedimento di arbitrato degli investimenti trova la sua origine in un TBI. Talvolta le clausole arbitrali possono essere contenute nei cosiddetti *State Contracts*⁹⁰, in cui uno Stato e un investitore decidono di derogare alla giurisdizione delle corti statali in un contratto, al pari di quanto accade in un arbitrato internazionale commerciale. In entrambi i casi, la fonte del procedimento arbitrale è l'autonomia delle parti. In secondo luogo, non è chiara l'asserita relazione tra l'origine del procedimento di arbitrato e la misura del controllo delle corti statali che deve essere assicurato per garantire l'unità del diritto unionale. In altri termini, la CGUE afferma che mentre nell'arbitrato commerciale il controllo limitato esercitato dalle corti nazionali è giustificato dall'esigenza di efficacia del procedimento arbitrale, non può dirsi lo stesso di un arbitrato degli investimenti scaturente da un TBI intraunionale, in quanto quest'ultimo non trova la propria fonte nell'autonomia della volontà delle parti ma in un trattato. A parere di chi scrive, ben dovrebbero invece valere per un arbitrato degli investimenti UNCITRAL le stesse considerazioni espresse dalla CGUE per l'arbitrato internazionale commerciale, nella parte in cui essa stabilisce che nell'ambito del controllo effettuato dalle corti statali debbano essere esaminate le disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione, che a loro volta possono essere oggetto di un rinvio pregiudiziale. Il controllo delle disposizioni fondamentali del diritto unionale può essere garantito nella stessa misura sia nell'arbitrato internazionale

⁸⁷*Achmea*, cit., par.53.

⁸⁸Corte giust., sent. 1-06-1999, c-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*; Corte giust., sent. 26-10-2006, c-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*.

⁸⁹*Achmea*, cit., par.55.

⁹⁰R.Dolzer, *Principles*, cit., 72 ss.; P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974, 301 ss.

commerciale che nell'arbitrato internazionale degli investimenti che si svolge secondo il Regolamento UNCITRAL, come nel caso Achmea, o di altre istituzionali arbitrali quali ad esempio la ICC (*International Chamber of Commerce*) o la SCC (*Stockholm Chamber of Commerce*). Difatti in queste ipotesi, la qualifica dell'arbitrato internazionale come commerciale o di investimento non determina alcuna differenza sul quadro processuale applicabile e sull'entità del controllo che le corti nazionali possono esercitare, che può essere effettuato sia nell'ambito di un ricorso di annullamento avverso il lodo, sia nell'ambito di un'opposizione a una domanda di riconoscimento e di esecuzione di tale lodo. Inoltre, in alcune leggi nazionali quali quella italiana⁹¹, il controllo delle corti sulla validità del lodo può riguardare anche il merito della controversia⁹², dunque consentendo alle corti una piena verifica in merito all'applicazione del diritto unionale.

In queste sedi, i giudici nazionali possono sia esaminare questioni di diritto unionale⁹³, sia decidere se adire la CGUE ai sensi dell'articolo 267 TFUE per ottenere l'interpretazione o la valutazione delle norme di diritto europeo⁹⁴. Nel caso di specie, le parti hanno scelto di applicare il Regolamento di Arbitrato UNCITRAL⁹⁵, e in conformità all'articolo 16 dello stesso, il collegio arbitrale ha fissato la sede dell'arbitrato a Francoforte⁹⁶. Il codice di procedura tedesco prevede all'articolo 1059⁹⁷ che il lodo può essere oggetto di un ricorso di annullamento innanzi ai giudici tedeschi per contrarietà all'ordine pubblico. All'interno del concetto di "ordine pubblico" possono senza dubbio farsi rientrare le disposizioni fondamentali del diritto unionale⁹⁸. Inoltre, in sede di annullamento del lodo il

⁹¹Codice di procedura civile, Titolo VIII "Dell'arbitrato".

⁹²Articolo 829 c.p.c., in cui si prevede che "L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge".

⁹³ In questo senso si è pronunciata la stessa CGUE nei casi Corte giust., domanda di pronuncia pregiudiziale 23-03-1982, c-102/81, "*Nordsee*" *Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG.*, §14; Corte giust., domanda di pronuncia pregiudiziale 27-04-1994, c-393, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf IJsselmij NV.*, §22-23; *Eco Swiss*, cit., par.32.

⁹⁴In tal senso si è pronunciata la CGUE in *Eco Swiss*, cit., §33 e *Nordsee*, cit., par.15.

⁹⁵Il Regolamento di Arbitrato UNCITRAL è disponibile su <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>

⁹⁶Cfr. par. 247, Conclusioni Wathelet, cit.

⁹⁷V. art. 1059, § 2, punto 1, lettera d), e punto 2, lettera b) del codice di procedura tedesco.

⁹⁸V. tra le altre la causa che ha dato luogo alla sentenza *Eco Swiss*, cit., che si inseriva nell'ambito di un ricorso di annullamento di un lodo arbitrale intentato innanzi alla Hoge Raad, che ha poi sollevato domanda di pronuncia pregiudiziale alla CGUE sull'interpretazione dell'art.101 TFUE (art.85 Trattato CE). La CGUE ha in quella sede qualificato l'articolo 101 TFUE come una disposizione di ordine pubblico ai sensi della Convenzione di New York, e stabilito che nei limiti in cui un giudice nazionale deve accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda siffatta se ritiene che tale lodo sia contrario all'art.101 TFUE. Ha precisato a tal proposito che "da un lato quest'articolo costituisce una disposizione indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno e dall'altro, il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito da tale articolo possano essere esaminate dai

giudice nazionale può sollevare domanda di pronuncia pregiudiziale alla CGUE per chiarire la portata delle norme di diritto unionale⁹⁹, assicurando in questo modo l'uniformità del diritto dell'UE. Sarebbe stato diverso se si fosse trattato di un arbitrato ICSID, in cui il controllo di validità del lodo è esercitato da un comitato ad hoc¹⁰⁰, e dunque la competenza giurisdizionale delle corti della sede è derogata, oppure se ci si fosse trovati a dover applicare una legge della sede che consente alle parti di rinunciare preventivamente all'impugnazione del lodo, come ad esempio la legge francese¹⁰¹. Ma anche in quest'ultimo caso, ossia se le parti hanno derogato alla giurisdizione della corte della sede sulla base di una norma della lex arbitrii, sussisterebbe ancora la giurisdizione delle corti nazionali nella fase di riconoscimento ed esecuzione del lodo che avviene ai sensi della Convenzione di New York, che prevede tra i motivi dell'articolo V, quasi sempre pedissequamente ripresi nelle leggi nazionali, la contrarietà all'ordine pubblico¹⁰², in cui rientrano anche le disposizioni che Wathelet ha qualificato di "ordine pubblico europeo"¹⁰³. In quella sede, è sempre possibile vagliare la compatibilità

giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte".

⁹⁹V. i casi che hanno dato origine alla sentenza *Eco Swiss*, cit., in cui la domanda di rinvio pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di un giudizio di impugnazione del lodo per contrasto con l'articolo 101 TFUE dallo Hoge Raad, e alla sentenza Corte giust., sent. 7-07-2016, c-567/14, *Genentech Inc. c. Hoechst GmbH e Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, in cui la domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Genentech Inc., da un lato, e la Hoechst GmbH e la Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, dall'altro, in merito all'annullamento di un lodo arbitrale relativo all'esecuzione di un contratto di licenza di diritti derivanti da brevetti intentato innanzi alla Corte d'appello di Parigi.

¹⁰⁰Cfr. art. 52 della Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati, 18 marzo 1965, disponibile al link <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19650042/200308270000/0.975.2.pdf>.

¹⁰¹ Cfr. art. 1522 del codice di procedura francese, Capitolo IV, Titolo II, disponibile su www.kluwerarbitration.com

¹⁰²Cfr. par.248 delle Conclusioni Wathelet, cit.

¹⁰³Cfr. par. 247 delle Conclusioni Wathelet, cit. L'avvocato generale non fornisce però una definizione del concetto di ordine pubblico europeo. In dottrina non c'è unanimità di vedute (per un maggiore approfondimento V. O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012). Per alcuni con quest'espressione si farebbe riferimento sia all'ordine pubblico internazionale del sistema giuridico dell'Unione Europea (V. B. Nascimbene, *Riconoscimento di sentenza straniera e ordine pubblico europeo*, in *Riv. dir. intl' priv. proc.*, 659 ss.; H.P. Meidanis, *Public Policy and ordre public in the private International law of the EC/EU*, in *Eur. L. Rev.*, 2005, 95 ss.; S. Poillot Perruzzetto, *European public policy and other restrictions*, in *Riv. dir. intl'*, 2003, 343), sia all'ordine pubblico del sistema giuridico dalla Cedu (V. F. Sudre, *Existe-t-il un ordre public européen?*, in Tavernier P. (a cura di), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, 1996, pp.39 ss.; C. Picheral, *L'ordre public européen, Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, 2001; F. Sudre, *L'ordre public européen*, in M.J.Redor (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2001, 109 ss.), sia in senso più ampio, alla sintesi dei valori giuridici condivisi dai diversi Stati (Feraci, cit., 324). Per quanto riguarda il contenuto dell'ordine pubblico europeo, ossia l'individuazione dei principi che compongono questa nozione, in dottrina la tesi più convincente appare quella che utilizza il parametro generale enunciato dalla CGUE nel caso *Eco Swiss*, cit., per cui un principio può considerarsi di ordine pubblico qualora costituisca una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati dall'Unione Europea (in questo senso Feraci, cit. p.361 ss; V. anche C. Liebscher, *European Public Policy: a Black Box?*, in *J. Intl' Arb.*, 2000, 80 ss).

del lodo con il diritto unionale, e nell'eventualità proporre un rinvio pregiudiziale alla CGUE¹⁰⁴. Sebbene il lodo abbia natura vincolante, non può essere eseguito senza che lo Stato metta a disposizione i suoi meccanismi di esecuzione¹⁰⁵. Il rischio che venga del tutto esclusa la possibilità del rinvio pregiudiziale alla CGUE, sussiste invece quando due Stati membri decidano di fissare la sede dell'arbitrato in uno Stato non membro dell'Unione Europea, e il lodo non debba essere eseguito nell'Unione Europea. Ma anche in questo caso, non ci sono ragioni fondate per ritenere a priori che gli arbitri non applicheranno i principi fondamentali del diritto unionale in maniera corretta. Inoltre, bisogna tenere presente che c'è uno strumento peculiare del diritto unionale, che anche in questi casi consentirebbe un controllo della Commissione Europea, ossia quello previsto dagli articoli 258 e 260 TFUE, che permettono alla Commissione di perseguire uno Stato membro che si sia conformato a un lodo arbitrale incompatibile con il diritto dell'Unione¹⁰⁶. Nella sua analisi, la CGUE non ha considerato il fatto che sebbene i tribunali arbitrali non abbiano attualmente la facoltà di proporre direttamente un rinvio pregiudiziale, in alcune leggi nazionali di arbitrato ci sono meccanismi per consentirgli di adire le corti nazionali anche durante i procedimenti arbitrali qualora ci sia la necessità di interpretare disposizioni di diritto europeo. Ci si riferisce in particolare alla facoltà concessa agli arbitri ai sensi della *Section 45* dell'*English Arbitration Act* di adire le corti inglesi che possono essere chiamate a determinare qualsiasi questione di diritto unionale¹⁰⁷, e in questa sede eventualmente adire la CGUE per un rinvio pregiudiziale.

Il caso Achmea cristallizza non senza contraddizioni la posizione teorica della CGUE in merito all'arbitrato degli investimenti intraunionale, sebbene essa si sia pronunciata avendo unicamente riguardo a un arbitrato internazionale UNCITRAL. Difatti questa sentenza, per le motivazioni che abbiamo analizzato, lascia diverse questioni irrisolte sia in merito all'arbitrato degli investimenti scaturenti da TBI intraunionali, sia in merito all'eventualità di estendere i suoi principi all'arbitrato scaturente da TBI extra-UE o da accordi di libero scambio negoziati dall'Unione Europea e gli Stati terzi.

In merito alla prima questione, non appare ad esempio chiaro se le conclusioni della CGUE sarebbero potute essere differenti se nel TBI fosse stato previsto il ricorso all'arbitrato ICSID anziché UNCITRAL¹⁰⁸, oppure se la clausola sul diritto applicabile contenuta nei TBI fosse stata redatta nel senso di non includere un riferimento al diritto interno degli Stati membri.

¹⁰⁴V. il procedimento che ha dato luogo alla pronuncia della Corte giust., sent. 13-05-2015, c-536/13, *Gazprom OAO*. La domanda di rinvio pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di un ricorso proposto dalla «Gazprom» OAO, società con sede a Mosca, avverso il diniego di riconoscimento e di esecuzione in Lituania di un lodo arbitrale reso il 31 luglio 2012.

¹⁰⁵Cfr. par. 238 delle *Conclusioni Wathelet*, cit.

¹⁰⁶*Ibid.*

¹⁰⁷ Cfr. *Section 45(1)* dell'*English Arbitration Act* che stabilisce che: "Unless otherwise agreed by the parties, the court may on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties) determine any question of law arising in the course of the proceedings which the court is satisfied substantially affects the rights of one or more of the parties".

¹⁰⁸V. *infra*, par. 3.

In merito alla seconda questione, la CGUE non si pronuncia esplicitamente sull'eventuale compatibilità delle clausole arbitrali contenute in TBI tra Stati membri e Stati terzi col diritto unionale. In dottrina è stato osservato che la CGUE, stabilendo che il principio di leale cooperazione trova applicazione tra Stati membri ma non tra l'UE e i Paesi Terzi, ha lasciato intendere che il ragionamento condotto nella sentenza *Achmea* non troverebbe applicazione nella valutazione della compatibilità della clausola arbitrale inserita nei TBI sottoscritti tra Stati membri e paesi extra-UE¹⁰⁹. Quest'interpretazione è stata confermata nelle conclusioni al parere 1/17 presentate dall'avvocato generale Bot¹¹⁰, il quale ha ritenuto che il ragionamento prospettato nel caso *Achmea*, ossia quello di considerare la clausola arbitrale dei TBI intra-UE come atta a pregiudicare l'autonomia del diritto unionale, sia stato ispirato principalmente dall'idea per cui il sistema giurisdizionale dell'Unione si fonda sulla fiducia reciproca e la leale cooperazione tra gli Stati membri¹¹¹. Sulla base di questi principi, sussisterebbe il divieto per gli Stati membri di prevedere nelle rispettive relazioni bilaterali dei meccanismi paralleli di risoluzione delle controversie che possano riguardare l'interpretazione e l'applicazione del diritto unionale¹¹². E considerando che il diritto unionale non impone la fiducia nei sistemi giuridici degli Stati terzi¹¹³, si può dedurre che un'eventuale clausola arbitrale inserita in un TBI extra-UE non pregiudichi né il principio della leale cooperazione né quello della fiducia reciproca tra Stati membri¹¹⁴.

In merito alla terza questione, ossia se i principi della sentenza *Achmea* possano essere estesi anche a un sistema di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati in materia di investimenti inserito in un accordo di libero scambio negoziato dall'Unione Europea e Stati terzi, essa è stata posta nel caso del Ceta (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*)¹¹⁵, nell'ambito di una domanda di parere presentata alla CGUE dal Regno del Belgio ai sensi dell'articolo 218

¹⁰⁹*Calamita*, cit., 472.

¹¹⁰*Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot*, 29-01-2019, Parere 1/17.

¹¹¹*Ivi*, par. 105.

¹¹²*Idem*.

¹¹³*Ivi*, come riportato alla nota 101.

¹¹⁴*Idem*.

¹¹⁵Il CETA è stato stipulato tra l'Unione Europea e il Canada il 30 ottobre 2016. Nonostante la firma, non è stato ancora concluso ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 6, TFUE. Si tratta di un accordo di libero scambio di "nuova generazione", in quanto prevede oltre a misure su dazi e barriere non tariffarie, anche norme riguardanti gli investimenti, gli appalti pubblici, la concorrenza, la tutela della proprietà intellettuale e lo sviluppo sostenibile. Nello specifico si tratta del Capo 8 "Investimenti", Sezione F "Risoluzione delle controversie tra investitori e Stati in materia di investimenti". Non essendo possibile una trattazione esaustiva dell'argomento in questa sede, si rinvia alla dottrina sul tema, tra cui ex multis A. Reinisch, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards?—The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, in *J Intl' Ec. L.*, 2016, 761; S. Schacherer, *TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation - Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals*, in *J. Intl' Dispute Settlement*, (2016), 628.

paragrafo 11 TFUE (parere 1/17)¹¹⁶, cui hanno fatto seguito le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot¹¹⁷ e recentemente il parere 1/17 della CGUE¹¹⁸. La domanda di parere proposta alla Corte dal Regno del Belgio era volta a comprendere se il CETA, con riferimento al suo capo otto («Investimenti»), sezione F («Risoluzione delle controversie tra investitori e Stati in materia di investimenti»), fosse compatibile con i trattati unionali. La procedura di risoluzione delle controversie del CETA prevede la costituzione di un tribunale permanente competente a trattare le domande presentate dagli investitori nei confronti di una parte, con la possibilità di impugnare tali sentenze innanzi a un tribunale d'appello anch'esso permanente. La procedura si attiva nei casi in cui l'investitore di uno Stato membro presenta una domanda nei confronti del Canada, oppure in cui un investitore canadese presenta una domanda nei confronti di uno Stato membro e dell'Unione Europea. Ripercorriamo brevemente gli elementi del ragionamento dell'avvocato generale per poi analizzare la posizione della CGUE. Bot afferma che i principi elaborati dalla CGUE nella sentenza *Achmea* relativamente agli articoli 267 e 344 TFUE non sono applicabili al caso in questione. In primo luogo, egli si sofferma sui principi della reciprocità e della protezione equivalente. La sezione F del capo 8 del CETA è inserita in un accordo concluso dall'Unione e dagli Stati membri con uno Stato terzo¹¹⁹, che disciplina

¹¹⁶Domanda di parere presentata alla CGUE dal Regno del Belgio ai sensi dell'articolo 218 paragrafo 11 TFUE (parere 1/17), disponibile al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_2017.369.01.0002.01.ITA

¹¹⁷Conclusioni Bot, cit.

¹¹⁸ Parere 1/17 della Corte, 30 aprile 2019, «Parere emesso ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, TFUE – Accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra (CETA) – Risoluzione delle controversie tra investitori e Stati (ISDS) – Costituzione di un tribunale e di un tribunale d'appello – Compatibilità con il diritto primario dell'Unione – Obbligo del rispetto dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione – Livello di protezione di interessi pubblici fissato, conformemente al quadro costituzionale dell'Unione, dalle istituzioni di quest'ultima – Parità di trattamento tra gli investitori canadesi e quelli dell'Unione – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articolo 20 – Accesso a detti tribunali e indipendenza dei medesimi – Articolo 47 della Carta – Accessibilità finanziaria – Impegno di garantire quest'ultima per le persone fisiche e per le piccole e medie imprese – Aspetti esterno e interno del requisito di indipendenza – Nomina, retribuzione e deontologia dei membri – Ruolo del comitato misto CETA – Interpretazioni vincolanti del CETA stabilite da detto comitato», disponibile su <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3100100>.

¹¹⁹ Nella sentenza *Achmea* la CGUE ha stabilito una distinzione tra il caso in cui la possibilità di sottoporre le controversie ad un organismo che non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale dell'Unione sia previsto in un TBI intraunionale, e quello in cui lo stesso sia previsto in accordi conclusi dall'Unione. Più precisamente, la CGUE ha affermato che «un accordo internazionale che preveda l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni, ivi compresa la Corte, non è, in linea di principio incompatibile con il diritto dell'Unione» (Cfr. par.57, *Achmea*, cit.), ma che tuttavia esso deve garantire l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico. Queste condizioni non sarebbero assicurate nel caso in cui il meccanismo di risoluzione delle controversie sia incluso «in un accordo concluso non dall'Unione, ma dagli Stati membri» (Cfr. par.58, *Achmea*, cit.), in quanto in tal caso sarebbe rimesso in discussione «oltre al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, la salvaguardia del carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati, garantito dalla procedura del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267

quindi le relazioni tra dette parti e non le relazioni reciproche tra Stati membri. Bot sottolinea che le relazioni tra i contraenti del CETA non sono basate sulla fiducia reciproca¹²⁰, ed è per questa ragione che le parti hanno inteso stipulare quest'accordo volto a definire su base di reciprocità uno standard di protezione sostanziale e procedurale. In secondo luogo, si sofferma sul diritto applicabile. A differenza del TBI del caso Achmea in cui la clausola di diritto applicabile lasciava la possibilità al collegio arbitrale di conoscere le controversie concernenti l'interpretazione e l'applicazione del diritto unionale, il CETA stabilisce che il diritto applicabile consiste esclusivamente nelle disposizioni di tale accordo, interpretate conformemente al diritto internazionale¹²¹. L'esistenza di questa norma garantirebbe il monopolio interpretativo della CGUE, e il principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea, dal momento che il diritto interno degli Stati membri può essere considerato dal tribunale solo come una questione di fatto¹²². Nel parere 1/17 la CGUE riprende sostanzialmente le conclusioni dell'avvocato generale, senza discostarsene, e dedica alcuni brevi passaggi al tema delle divergenze esistenti tra il capo otto, sezione F del CETA e il TBI del caso Achmea¹²³. In primo luogo, la CGUE rileva che mentre il TBI istituisce un tribunale chiamato a risolvere controversie che possono riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione,¹²⁴ gli organi del CETA sono competenti esclusivamente a interpretare tale accordo in conformità alla Convenzione di Vienna e alle regole e ai principi di diritto internazionale applicabili tra le parti¹²⁵. In secondo luogo, la CGUE afferma che la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione dell'istituzione di un tribunale degli investimenti debba essere risolta in maniera differente a seconda che tale meccanismo di risoluzione delle controversie sia contenuto in un TBI intraunionale o in un accordo tra l'Unione e uno Stato terzo¹²⁶. Più precisamente, la CGUE afferma che “in qualunque ambito che rientri nel diritto dell'Unione, gli

TFUE, e non è pertanto compatibile con il principio di leale cooperazione” (Cfr. par.58, *Achmea*, cit.).

¹²⁰Cfr. par.73 *Conclusioni Bot*, cit., dove asserisce “senza fare prediche o processi alle cattive intenzioni ai partner commerciali dell'Unione, non si può dare tuttavia per scontato che gli investitori dell'Unione dispongano, negli Stati terzi con i quali l'Unione intende sviluppare relazioni in materia di investimenti, di un livello di protezione equivalente da un punto di vista sostanziale e procedurale”.

¹²¹Cfr. par.122 *Conclusioni Bot*, cit.

¹²²*Idem*.

¹²³ Non essendo possibile un'analisi approfondita del parere 1/17 della CGUE in questa sede, si rinvia a G.Croissant, *Opinion 1/17 – The CJEU Confirms that CETA's Investment Court System is Compatible with EU Law*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 30 aprile 2019; F. Batselé, *The European Investment Policy after the CETA Opinion*, 9 maggio 2019, disponibile su <http://cris.unu.edu/european-investment-policy-after-ceta-opinion>; D. Charlotin, *European Court of Justice Confirms Compatibility of CETA's Investor-State Dispute Mechanism With EU Law*, in *IARReporter*, 30 aprile 2019; F. de Abreu Duarte, *Autonomy and Opinion 1/17 – a matter of coherence?*, in *European Law Blog*, 31 maggio 2019.

¹²⁴ Cfr. par.126, *Parere 1/17*, cit.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ivi*, par.127.

Stati membri sono tenuti al rispetto del principio della fiducia reciproca”¹²⁷. Tuttavia, tale principio “relativamente al rispetto del diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente, non si applica nelle relazioni tra l’Unione e uno Stato terzo”¹²⁸. Alla luce di queste motivazioni, la CGUE conclude nel senso di ritenere inapplicabili i principi della sentenza Achmea al caso in questione.

L’inserimento nel CETA di un sistema giurisdizionale istituzionalizzato per la risoluzione delle controversie in materia di investimento, come è accaduto anche per altri Free Trade Agreements¹²⁹, si inserisce a pieno titolo nella strategia della Commissione enunciata in ultimo nel documento “Investimenti nel TTIP e non solo: sulla via delle riforme – Rafforzare il diritto di legiferare e passare dall’attuale arbitrato ad hoc a un tribunale per gli investimenti”¹³⁰. In questa comunicazione la Commissione ha stabilito un approccio in due fasi alla riforma del sistema ISDS (“*Investor State Dispute Settlement System*”) tradizionale. La prima fase prevede l’inclusione negli accordi commerciali e di investimento dell’Unione Europea di un sistema giurisdizionale istituzionalizzato per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (anche detto “ICS”, acronimo di “*Investment Court System*”)¹³¹. La seconda fase prevede l’istituzione di un tribunale multilaterale per gli investimenti che andrà a sostituire tutti gli ICS bilaterali inclusi negli accordi commerciali e di investimento dell’Unione Europea¹³². A tal proposito, nel 2017 il Consiglio ha autorizzato con una decisione l’avvio di negoziati per una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle

¹²⁷ Nel parere la CGUE chiarisce che il principio della fiducia reciproca “impone a ciascuno di questi Stati si ritenere, salvo circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino l’ordinamento dell’Unione, ivi compresi i diritti fondamentali, quali il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente, enunciato dall’articolo 47 della Carta”(Cfr. par.128, *Parere 1/17, cit.*).

¹²⁸ Cfr par.129, *Parere 1/17, cit.*

¹²⁹ Si v. l’E.U.S.F.T.A (EU-Singapore Free Trade Agreement), disponibile al link <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>, e l’E.U.V.F.T.A (EU-Vietnam Trade and Investment Agreement), disponibile al link <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>. Non essendo possibile approfondire in questa sede il tema, si rinvia alla cospicua dottrina, tra cui si segnala ex multis F.M.Ruotolo, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell’UE*, in *Studi sull’integrazione europea*; R.Calamita, *La clausola ISDS negli accordi commerciali di ultima generazione dell’UE*, in *DPCE* 2018 e della stessa autrice *Il nuovo doppio binario della politica commerciale dell’Unione europea*, in *DPCE* 4/2018, e *Sulla competenza dell’Unione europea a stipulare accordi di libero scambio: il caso dell’EUSFTA*, in *DPCE Online*, n.3, 2017, pp.685 ss.; C. Cellerino, *Il Parere 2/15 della Corte di giustizia sull’accordo di libero scambio UE-Singapore: luci e ombre*, disponibile su *rivista eurojus.it*; D. Kleimann, *Reading Opinion 2/15: Standards of Analysis, the Court’s Discretion, and the Legal View of the Advocate General*, in *EUI WorkingPaper RSCAS*, n.23/2017; G. Gruni, *Towards a Sustainable World Trade Law? The Commercial Policy of the European Union after Opinion 2/15 CJUE*, in *Global Trade Custom and J.*, n.2/2018, 4 ss; L. Amkersmit, *Opinion 2/15 and the future of mixity and ISDS*, 2017, disponibile su *europeanlawblog.eu*.

¹³⁰ Commissione Europea, “Investimenti nel TTIP e non solo: sulla via delle riforme - Rafforzare il diritto di legiferare e passare dall’attuale arbitrato ad hoc a un tribunale per gli investimenti”. Il documento è disponibile al link <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-493-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

¹³¹ Ivi, 3.

¹³² Idem.

controversie in materia di investimenti¹³³, che dovranno essere condotti sotto gli auspici della commissione UNCITRAL¹³⁴. Dall'ambito di applicazione della decisione sono state escluse esplicitamente le controversie derivanti da trattati bilaterali di investimento conclusi tra Stati membri (ossia TBI intra-UE) e le controversie fra un investitore di uno Stato membro e uno Stato membro nel quadro del trattato sulla Carta dell'Energia¹³⁵.

3. Le implicazioni del caso Achmea sull'arbitrato intra-UE

La sentenza Achmea è destinata a produrre delle conseguenze notevoli per l'arbitrato degli investimenti nell'Unione Europea¹³⁶. In una recente comunicazione¹³⁷, la Commissione ha chiarito la portata di questa pronuncia per gli Stati membri.

Nello specifico, la Commissione si è dapprima soffermata su alcune considerazioni di ordine sistematico. In primo luogo, essa ha ribadito che le norme sostanziali dei TBI rappresentano un sistema parallelo ai trattati che si sovrappone alle disposizioni del mercato unico europeo, ostacolando la piena applicazione delle norme processuali e sostanziali del diritto dell'UE per il trattamento degli investimenti transfrontalieri nell'UE. Ha posto l'accento sul fatto che la pratica dei TBI intraunionali viola il principio di non discriminazione tra gli investitori dell'UE in quanto conferisce diritti soltanto agli investitori degli Stati tra cui intercorrono relazioni bilaterali. In secondo luogo, la Commissione ha riaffermato che il ricorso all'arbitrato sottrae alle giurisdizioni statali controversie inerenti a misure nazionali e al diritto unionale. A tal proposito, la Commissione ha asserito che gli arbitri non sarebbero in grado di applicare adeguatamente il diritto dell'UE, sia per la loro qualifica di giudici privati, sia per l'assenza di dialogo giurisdizionale con la CGUE, non essendo loro riconosciuta la facoltà di proporre rinvio pregiudiziale¹³⁸. Quest'osservazione risulta di difficile dimostrazione, dal momento che la funzione di arbitro internazionale è generalmente esercitata da eminenti giuristi con una notevole expertise, e che il dialogo tra le corti non si sviluppa soltanto allorquando siano previsti strumenti processuali all'uopo, quali il rinvio pregiudiziale alla CGUE, ma anche in assenza di obblighi giuridici e in maniera

¹³³COM(2017) 493, Decisione del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati per una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, 13 settembre 2017.

¹³⁴Allegato della raccomandazione di decisione del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati per una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, cit., par.3.

¹³⁵Ivi, nota 1.

¹³⁶C.Fouchard-M-Krestin, *The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 7 marzo 2018.; F.Munari, C.Cellerino, *Eu law is live and healthy: the Achmea case and a happy good-bye to intra-EU bilateral investment treaties*, in *Sidi Blog*, 17 aprile 2018, disponibile al link <http://www.sidiblog.org/2018/04/17/eu-law-is-alive-and-healthy-the-achmea-case-and-a-happy-good-bye-to-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>.

¹³⁷ Comunicazione della Commissione, *Tutela degli investimenti*, cit.

¹³⁸Ivi, 2.

del tutto spontanea, considerando che le corti internazionali e i tribunali arbitrali internazionali fanno sovente applicazione del principio della “International comity”¹³⁹, contribuendo in questo modo alla circolazione e all’applicazione uniforme dei principi nell’ordinamento giuridico internazionale. Si può citare l’esempio dell’arbitrato ICSID *Tulip Real Estate c. Turchia*¹⁴⁰ in cui il tribunale arbitrale ai fini della decisione della controversia, pur non essendo obbligato a osservare la regola del precedente o ad applicare la giurisprudenza di altre corti internazionali, ha preso in considerazione pronunce di altre corti internazionali, quali la Corte Internazionale di Giustizia. Questo ragionamento può essere trasposto anche ai rapporti tra i tribunali arbitrali internazionali e la CGUE, esistendo tra gli stessi un dialogo giurisdizionale spontaneo, rafforzato in alcune forme di arbitrato dalla prospettiva che il rinvio pregiudiziale può in ogni caso essere sollevato in sede di controllo giurisdizionale del lodo o di opposizione all’esecuzione dello stesso.

La Commissione ha poi delineato quali sono gli effetti concreti derivanti dall’applicazione dei principi enunciati nella sentenza *Achmea*. Nello specifico, la Commissione ha chiarito che i TBI intraunionali e le clausole compromissorie in essi contenute sono da ritenersi incompatibili col diritto dell’UE. Da ciò deriva che le clausole compromissorie predette sono inapplicabili, e che pertanto l’inesistenza di un valido patto compromissorio determina che gli arbitri non hanno giurisdizione a conoscere la controversia per l’inesistenza di un valido patto compromissorio. Inoltre, la Commissione ha precisato che le corti nazionali dovranno annullare qualsiasi lodo arbitrale reso su tali basi, e rifiutare l’esecuzione dello stesso.¹⁴¹ La Commissione ha invitato gli Stati a terminare formalmente i rispettivi TBI intraunionali.¹⁴²

La sentenza *Achmea* ha suscitato reazioni differenti tra gli Stati membri, le corti nazionali e i tribunali arbitrali.¹⁴³

¹³⁹Esiste una corposa letteratura sul concetto di comity, e diverse definizioni e accezioni del termine. In diritto internazionale pubblico con il termine comity si è tradizionalmente inteso fare riferimento a tutti quegli atti posti in essere dagli Stati o dai tribunali internazionali non in quanto imposti da una norma giuridica, ma per ragioni di cortesia e di rispetto (V. T. Schultz, N. Ridi, “Comity and International Courts and Tribunals”, in *Cornell Intl’ L. J.*, 2017, 578 ss.; R. Paul, Comity in International Law, in *Harvard L. Rev.*, 1991, 3; J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 2012, 23; Comity, voce in *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 2003).

¹⁴⁰*Tulip Real Estate Inv. & Dev. Netherlands B.V. c. Turchia*, ICSID Case No. ARB/11/28, decisione sulla giurisdizione, 5 marzo 2013, par. 45-47.

¹⁴¹Comunicazione della Commissione, *Tutela degli investimenti intra-UE*, cit., 3.

¹⁴²Ivi, 4.

¹⁴³Per un maggiore approfondimento V. M. Davoise, *Another One BIT the Dust: Is the Netherlands’ Termination of Intra-EU Treaties the Latest Symptom of a Backlash Against Investor-State Arbitration?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 11 agosto 2018, disponibile al link <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/11/another-one-bit-dust-netherlands-termination-intra-eu-treaties-latest-symptom-backlash-investor-state-arbitration/>; R. Jacchia, D. Scavuzzo, *Investimenti intra-UE. La Corte di Giustizia limita il ricorso alle procedure arbitrali per la risoluzione di controversie sorte nell’ambito di Trattati Bilaterali di Investimento tra Stati Membri*, disponibile al link <https://www.dejalex.com/2018/09/investimenti-intra-ue-la-corte-di-giustizia-limita-il->

Per quanto riguarda la posizione degli Stati, viene in rilievo la “dichiarazione sulle conseguenze giuridiche del caso Achmea sulla protezione degli investimenti all'interno dell'Unione Europea”, presentata da ventidue Stati membri lo scorso 15 gennaio¹⁴⁴. Nella dichiarazione gli Stati recepiscono pienamente quanto enunciato dalla CGUE nel caso Achmea, stabilendo che le clausole compromissorie contenute nei TBI tra Stati membri sono contrarie al diritto unionale e pertanto devono ritenersi inapplicabili, e di conseguenza che i tribunali arbitrali costituiti sulla base di tali clausole non hanno giurisdizione. Nella dichiarazione i suddetti Stati assumono alcuni impegni, tra cui quelli di (i) informare i tribunali arbitrali sulle conseguenze giuridiche derivanti dal caso Achmea, (ii) chiedere alle corti nazionali chiamate a decidere di procedimenti arbitrali intraunionali, ivi incluse quelle situate in paesi terzi, di annullare i suddetti lodi e di rifiutare l'esecuzione sulla base della mancanza di una valida convenzione arbitrale, (iii) informare dell'impossibilità di iniziare nuovi arbitrati degli investimenti all'interno dell'Unione, e (iv) terminare tutti i TBI intraunionali entro la fine dell'anno corrente. Essi hanno inoltre stabilito che i principi enunciati nella sentenza Achmea si estendono anche agli arbitrati intraunionali scaturenti dall'Energy Charter Treaty (di seguito “ECT”)¹⁴⁵, in quanto quest'ultimo costituirebbe parte integrante dell'ordinamento giuridico europeo e pertanto deve essere applicato in maniera compatibile con i trattati unionali. Nella dichiarazione è in sostanza condivisa la posizione della Commissione espressa nel documento “Tutela degli investimenti intra-UE”¹⁴⁶, in cui quest'ultima aveva chiarito che la sentenza Achmea deve essere applicata anche all'arbitrato tra investitori e Stati previsto dall'articolo 26 dell'ECT per quanto riguarda i rapporti intra-UE. La Commissione aveva difatti chiarito in quella sede che l'interpretazione corretta dell'articolo 26 dell'ECT è quella secondo cui questa disposizione non prevede una clausola arbitrale tra investitori e Stato applicabile tra investitori di due diversi Stati membri dell'UE, in quanto dato il primato del diritto dell'UE, tale clausola se interpretata come applicabile a livello intra-UE risulterebbe incompatibile con il diritto primario dell'UE e pertanto inapplicabile¹⁴⁷. A nulla rileverebbe la circostanza che l'UE abbia sottoscritto l'ECT, dal momento che a parere della Commissione la partecipazione dell'UE a tale trattato avrebbe soltanto creato diritti e obblighi tra l'UE e i paesi terzi senza influire sui rapporti tra gli Stati membri dell'UE¹⁴⁸. Tuttavia quest'interpretazione della Commissione non è stata condivisa da alcuni Stati membri, che non ritenendo applicabili i principi della

ricorso-alle-procedure-arbitrali-per-la-risoluzione-di-controversie-sorto-nellambito-di-trattati-bilaterali-di-investimento-tra-stati/

¹⁴⁴ Declarations of the Representatives, *cit.*

¹⁴⁵ Il Trattato sulla Carta dell'Energia è stato sottoscritto a Lisbona il 17 dicembre 1994 da cinquantadue parti contraenti. L'articolo 26 stabilisce che le parti sottoscrivendo l'ECT hanno prestato il loro consenso incondizionato a sottoporre le controversie all'arbitrato, condotto secondo le regole di Arbitrato ICSID, UNCITRAL o SCC (il testo dell'ECT è disponibile al link: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-it.pdf>).

¹⁴⁶ Comunicazione della Commissione, *Tutela degli investimenti intra-UE*, cit., 4.

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

sentenza Achmea agli arbitrati intraunionali scaturenti dall'ECT, non hanno sottoscritto la dichiarazione congiunta. Difatti sono state presentate due dichiarazioni aggiuntive, rispettivamente dall'Ungheria, e dalla Finlandia con Lussemburgo, Malta, Slovenia e Svezia¹⁴⁹. Nella dichiarazione del 17 gennaio 2019¹⁵⁰, l'Ungheria ha chiarito espressamente che i principi del caso Achmea riguardano soltanto l'arbitrato scaturente da TBI intraunionali, in quanto "The Achmea judgment is silent on the investor-state arbitration clause in the Energy Charter Treaty and it does not concern any pending or prospective arbitration proceedings initiated under the ECT"¹⁵¹. Nonostante le posizioni divergenti espresse nelle tre dichiarazioni, la Commissione non ha esitato ad attribuire alla dichiarazione dei ventidue Stati un forte valore politico¹⁵², qualificandola in un *amicus brief* recentemente presentato innanzi alla D.C. District Court¹⁵³ come la "posizione ufficiale dell'Unione Europea". Ma in realtà la questione dell'applicazione dei principi Achmea agli arbitrati tra Stati membri scaturenti dall'ECT è tutt'altro che pacifica, e l'interpretazione degli Stati dissidenti è stata peraltro adottata, come vedremo in seguito, anche da alcuni tribunali arbitrali ICSID¹⁵⁴.

Per quanto riguarda le implicazioni del caso Achmea sull'attività giurisdizionale delle corti nazionali, è plausibile che esse saranno invitate dai rispettivi Stati di appartenenza ad annullare o rifiutare l'esecuzione dei lodi scaturenti da arbitrati per violazioni di TBI intraunionali, e che tenderanno a conformarsi a questa posizione com'è accaduto nel procedimento di annullamento innanzi alle corti tedesche da cui è originata la sentenza Achmea¹⁵⁵. Tuttavia, ciò

¹⁴⁹D. Charlotin, L.E. Peterson, *EU Member States announce scheme to terminate all intra-EU BITs and warn investor community to not initiate new claims*, in *IAIReporter*, 17 gennaio 2019.

¹⁵⁰*Declaration of the Representative of the Government of Hungary, of 16 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, disponibile su <http://www.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>

¹⁵¹Ivi, punto 8

¹⁵²Non c'è accordo in dottrina sugli effetti giuridici che possono derivare da queste dichiarazioni rilasciate dagli Stati membri. C'è chi ha rilevato che trattandosi di dichiarazioni non vincolanti, esse non hanno l'effetto di terminare i TBI o di modificare l'ECT, dal momento che questi ultimi sono trattati internazionali e contengono al loro interno le disposizioni relative alla loro modifica (V. M. El Harti Alonso, *Topical Issues in ISDS: Review of Recent Developments in the European Union*, in *Kluwerarbitration blog*, 23 febbraio 2019, in riferimento alla posizione di Amy Roeburck Frey espressa durante il seminario "Topical issues in ISDS: EU Investment Law" del 7 febbraio 2019). Altri invece non hanno escluso del tutto la possibilità che queste dichiarazioni possano costituire "accordi successivi" ai sensi dell'articolo 31.3.a della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (Ivi, in riferimento alla posizione di Paschalis Paschalidis espressa durante lo stesso convegno).

¹⁵³La Commissione Europea è stata autorizzata a intervenire in qualità di *amicus curiae* nell'arbitrato Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c Spagna, caso ICSID No. ARB/13/36, relativo all'esecuzione di un lodo ICSID intentato negli Stati Uniti innanzi alla D.C. District Court (si veda D. Charlotin, *European Commission Weaponize Recent Member State Declarations on Achmea in Order to Contest Enforcement of ECT Award*, in *IAReporter*, 19 marzo 2019).

¹⁵⁴Vedi *infra* par.3.

¹⁵⁵Corte Federale Tedesca, sent. 31 ottobre 2018, *Achmea B.V. c. Repubblica di Slovacchia*, disponibile su <https://www.italaw.com/cases/documents/6980>

non è accaduto nel recente caso *PL Holdings c. Polonia*¹⁵⁶ intentato innanzi alla Corte d'Appello Svedese nell'ambito di un procedimento di annullamento di un lodo emesso al termine di un arbitrato SCC sulla base di violazioni del TBI Lussemburgo-Polonia, in cui la Polonia è stata condannata al pagamento di un'ingente somma nei confronti dell'investitore *PL Holdings*¹⁵⁷. La corte ha respinto le eccezioni avanzate dalla Polonia sulla base della sentenza *Achmea*, considerandole tardive. Nello specifico, la Polonia asseriva che ai sensi del diritto unionale la clausola arbitrale contenuta nel TBI era da ritenersi inesistente. La Corte ha obiettato che sulla base del Regolamento di Arbitrato della SCC le parti che intendono contestare la validità della convenzione di arbitrato devono farlo al più tardi nella comparsa di risposta. La Polonia tuttavia non aveva proceduto in tal senso, rinunciando pertanto a far valere quest'eccezione nel procedimento di annullamento del lodo¹⁵⁸. Queste conclusioni lasciano presumere che la corte non ha aderito completamente alle indicazioni della Commissione e della CGUE, in quanto non ha ritenuto che la clausola arbitrale di un TBI dovesse ritenersi a priori e in ogni caso nulla per violazione del diritto unionale. In questa fase d'incertezza, lo strumento del rinvio pregiudiziale alla CGUE potrà essere particolarmente utile per chiarire tutti i profili dubbi legati alle implicazioni del caso *Achmea*. In questo senso, si veda il recente caso *Novenergia c. Spagna*, in cui la Spagna ha chiesto alla corte d'appello svedese, nell'ambito di un procedimento di annullamento di un lodo scaturente da un arbitrato intentato per violazioni dell'ECT, di sollevare rinvio pregiudiziale alla CGUE sulla questione della compatibilità tra l'arbitrato intraunionale ECT col diritto unionale¹⁵⁹. Questa potrebbe essere un'occasione importante per conoscere la posizione della CGUE sull'arbitrato degli investimenti intra-UE scaturente dall'ECT.

L'attitudine delle corti che non appartengono a Stati dell'Unione Europea e che non dispongono dello strumento del rinvio pregiudiziale alla CGUE potrebbe essere diversa dalle corti degli Stati membri. Sebbene nella dichiarazione congiunta i ventidue Stati membri si siano impegnati a far valere la posizione della CGUE anche innanzi alle corti degli Stati terzi, queste ultime potrebbero sentirsi non vincolate a rispettare la sentenza *Achmea*. A tal proposito, potrà essere illuminante la soluzione del caso attualmente pendente innanzi alla US District Court of the District of Columbia, consistente in un giudizio di opposizione all'esecuzione del lodo *Novenergia* intentato dalla Spagna¹⁶⁰.

¹⁵⁶Corte d'appello Svezia, sent. 22 febbraio 2019, *PL Holdings c. Polonia*, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10447.pdf>

¹⁵⁷*PL Holdings S.à.r.l./ Republic of Poland*, lodo SCC V 2014/ 163, 28 giugno 2017, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9378.pdf>

¹⁵⁸Corte d'appello, *PL Holdings*, cit., parr. 5.2.3 ss. Sul punto si veda anche J. Dahlquist, *Svea Court of Appeal upholds (most of) intra-EU award against Poland, finding that state's Achmea-related objections are time-barred*, in *IAReporter*, 22 febbraio 2019.

¹⁵⁹D. Charlotin, *Post-Achmea developments: Spain wants court to ask ECJ to rule on compatibility of Energy Charter Treaty with EU law*, in *IAReporter*, 22 maggio 2018.

¹⁶⁰Le motivazioni della Spagna sono riportate nel "Memorandum of Law in Support of Motion to Dismiss and Deny Petition to Confirm Foreign Arbitral Award (Oral Argument Requested)", nella causa US District Court for the District of Columbia, *Novenergia II – Energy & Environment v.*

Per quanto riguarda invece le implicazioni del caso Achmea sull'attività giurisdizionale degli arbitri, la situazione appare più complessa. In linea teorica, questi ultimi non sono vincolati dalla sentenza della CGUE, sebbene nella dichiarazione i ventidue Stati membri si siano impegnati a rendere nota anche ai tribunali arbitrali quella che è la loro posizione in merito alle conseguenze giuridiche scaturenti dal caso Achmea¹⁶¹. E' plausibile che i tribunali arbitrali si troveranno di fronte a due alternative: declinare la propria giurisdizione, oppure assumersi il rischio che il lodo possa poi essere annullato dalle corti nazionali della sede se la stessa è situata all'interno dell'Unione Europea o che al lodo venga negata l'esecuzione, se questa deve essere realizzata in uno Stato membro¹⁶². Fino a questo momento, negli arbitrati in cui la giurisdizione del tribunale arbitrale è stata contestata a seguito della pronuncia Achmea, la tendenza dei tribunali arbitrali è stata quella di non considerare applicabile tale pronuncia. Ciò è avvenuto sostanzialmente per ragioni teoriche su cui è opportuno soffermarsi brevemente. Sono due in particolare gli arbitrati che possono illustrare la diversa prospettiva adottata dai tribunali arbitrali rispetto alle istituzioni europee nella soluzione delle complesse questioni di diritto che solleva il rapporto tra arbitrato internazionale degli investimenti e diritto unionale. Si tratta dell'arbitrato ICSID Vattenfall AB¹⁶³, scaturente da una violazione dell'ECT, e dell'arbitrato ICSID UP e C.D. Holding Internationale¹⁶⁴, scaturente da una violazione del TBI Francia/Ungheria¹⁶⁵. Questi tribunali arbitrali hanno cercato di circoscrivere la portata della giurisprudenza Achmea, interpretandola nel senso di ritenere che i principi in essa enunciati dovessero applicarsi esclusivamente a procedure arbitrali con le stesse caratteristiche di quello analizzato nel caso Achmea, ossia arbitrati UNCITRAL (o comunque localizzati all'interno di un ordinamento giuridico nazionale), scaturenti da TBI intraunionali.

Nell'arbitrato ICSID Vattenfall AB, il tribunale arbitrale ha rigettato l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla Germania a seguito della pronuncia della CGUE nel caso Achmea¹⁶⁶. L'arbitrato era stato iniziato da cinque società svedesi contro la Germania a seguito della decisione di questo paese di

Kingdom of Spain, Civil Action No. 1:18-cv-1148, 16 ottobre 2017, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10065.pdf>

¹⁶¹ *Declarations*, cit.

¹⁶² C. Annacker, *European Court of Justice: Investor-State Arbitration Under Intra-EU Bilateral Investment Treaties Is Incompatible With EU Law*, disponibile al link <https://www.cleargottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/european-court-of-justice-investor-state-arbitration-under-intra-eu-bilateral-investment-treaties>

¹⁶³ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue, 31 agosto 2018, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>

¹⁶⁴ *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, 9 ottobre 2018, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>

¹⁶⁵ Decret no 87-884 du 27 octobre 1987 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire hongroise sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements, 6 novembre 1986, in *Journal oficiel* du 31 octobre 1987, 12695, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw10018.pdf>.

¹⁶⁶ *Vattenfall*, cit., par.232.

ridurre l'utilizzo dell'energia nucleare. Questa decisione avrebbe integrato la violazione di diverse disposizioni dell'ECT¹⁶⁷. Il Tribunale arbitrale è stato quindi chiamato a pronunciarsi sulla rilevanza del caso Achmea per il giudizio in corso. Il tribunale ha chiarito in primo luogo che la sussistenza della propria giurisdizione non deve essere verificata sulla base del diritto unionale, ma avendo riguardo all'ECT, e in particolare all'art. 26 di questo trattato¹⁶⁸. Questa norma, interpretata in conformità ai principi del diritto internazionale sull'interpretazione dei trattati previsti nella Convenzione di Vienna¹⁶⁹, non contiene alcun divieto di ricorrere all'arbitrato intra-UE. A tal proposito, il tribunale arbitrale precisa che pur non intendendo negare l'esistenza e l'effettività del diritto unionale, il compito di un organo giudicante è esclusivamente quello di interpretare le norme, e non certo quello di riscrivere il testo di una disposizione convenzionale. Il tribunale arbitrale afferma inoltre che i principi enunciati dalla CGUE nel caso Achmea, secondo cui gli articoli 267 e 344 TFUE impediscono l'inserimento di clausole arbitrali nei TBI intraunionali, non trovano applicazione nel caso di specie in quanto a differenza del TBI, l'ECT è un trattato multilaterale di cui l'Unione Europea fa

¹⁶⁷Il Tribunale ICSID nonostante l'eccezione di difetto di giurisdizione fosse stata sollevata diciotto mesi dopo lo svolgimento dell'udienza principale, decideva di pronunciarsi sulla questione considerando la sentenza Achmea come un nuovo fatto ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione ICSID (*Vattenfall*, cit., par. 95 ss.).

¹⁶⁸La Germania aveva avanzato una serie di argomenti per dimostrare che il tribunale arbitrale nel definire la propria giurisdizione era tenuto sulla base dell'articolo 26(6) dell'ECT e dell'articolo 42(1) della Convenzione ICSID ad applicare il diritto unionale e la sentenza Achmea. Il tribunale arbitrale ha tuttavia rilevato che entrambi gli articoli definiscono le norme sulla base delle quali il tribunale arbitrale deve decidere il merito della controversia e non la giurisdizione (*Vattenfall*, cit., par. 121).

¹⁶⁹Ivi, par.125. A tal proposito, il tribunale arbitrale rigetta la posizione della Commissione che aveva ritenuto che l'articolo 26 ECT dovesse essere interpretato alla luce del diritto unionale, essendo quest'ultimo ascrivibile alle "regole pertinenti di diritto internazionale applicabili nei rapporti tra le parti" come prescritte all'articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna¹⁶⁹. Il tribunale è concorde nel ritenere che il diritto unionale debba essere qualificato come diritto internazionale (*Vattenfall*, cit., par. 140 ss.), seguendo dunque l'impostazione stabilita in precedenza (v. *Electrabel c. Ungheria*, cit., nello specifico al par.82, in cui si afferma che "EU law is international law because it is rooted in international treaties"). Inoltre, specifica che anche la sentenza Achmea deve ritenersi parte del diritto internazionale in quanto "since the ECJ is empowered by the EU Treaties to give preliminary rulings on the interpretation of EU law, including the EU Treaties, the Tribunal considers the ECJ Judgment's interpretation of the EU Treaties likewise to constitute part of the relevant international law" (*Vattenfall*, cit., par.148). Tuttavia, rigetta la posizione della Commissione ritenendo che nell'interpretazione di una norma di un trattato internazionale, i criteri previsti dall'articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna non sono primari (*Vattenfall*, cit., par.152). Il tribunale rileva che l'applicazione di questo criterio condurrebbe a una riscrittura del trattato, con la sostituzione del significato letterale di una norma con regole di diritto internazionale esterne al trattato che si sta interpretando (*Vattenfall*, cit., par.154). In sostanza l'approccio della Commissione avrebbe l'effetto che una stessa norma dell'ECT possa essere interpretata in maniera differente secondo le regole di volta in volta applicabili tra le parti, e questo contrasterebbe con i principi internazionali *pacta sunt servanda* e buona fede (*Vattenfall*, cit., par.156). Inoltre lederebbe il principio di unità del trattato per il quale esso non può che contenere una serie di espressioni e termini accettati da tutte le parti, e sulle quali si è formato il loro consenso. Il Tribunale ha posto l'accento sul bisogno di coerenza, e sulla necessità di interpretare in maniera uniforme le disposizioni del trattato (*Vattenfall*, cit., par.156).

parte con gli Stati membri¹⁷⁰. I termini dell'articolo 26 ECT sono sostanzialmente diversi dall'articolo 8 del TBI da cui è originato il caso *Achmea*, e pertanto il tribunale arbitrale è nell'impossibilità di dichiarare l'esistenza di una norma di diritto internazionale che non è stata espressamente statuita nell'ECT¹⁷¹. Al contrario, il tribunale osserva che l'Unione Europea, in quanto parte dell'ECT, ha accettato la possibilità che fossero iniziati arbitrati anche contro di essa ai sensi dell'articolo 26, senza fare alcuna distinzione tra investitori di Stati membri e investitori di Stati extra-UE. Se si intendeva escludere l'arbitrato intraunionale, l'articolo 26 ECT doveva essere redatto in maniera differente, contemplando esplicitamente tale esclusione.¹⁷² Il tribunale arbitrale passa poi a chiarire come debbano essere risolti gli eventuali profili di incompatibilità tra l'ECT e i trattati unionali. Nello specifico, la norma che nell'ECT disciplina i casi di sovrapposizione o conflitti tra accordi è l'articolo 16. Questa disposizione prevede che in caso di conflitti, debbano applicarsi le disposizioni che sono più favorevoli agli investitori¹⁷³. E nel caso di specie, il tribunale arbitrale rileva che il regime previsto dall'ECT è più favorevole di quello del diritto unionale che vieta il ricorso all'arbitrato intraunionale. Pertanto, non si può affermare che i trattati unionali costituiscano una deroga al diritto dell'investitore di ricorrere all'arbitrato previsto dall'articolo 26 ECT¹⁷⁴. Quest'interpretazione sarebbe confermata anche dall'assenza di una "disconnection clause" all'interno dell'articolo 26 ECT, attraverso cui si sarebbe dovuto escludere esplicitamente il ricorso all'arbitrato¹⁷⁵. Il tribunale conclude la sua analisi rilevando che se le istituzioni europee ravvisano la sussistenza di profili di incompatibilità tra il diritto unionale e l'ECT nella formulazione attuale, questi devono essere affrontati nelle sedi opportune, e questa funzione non può essere demandata a un tribunale arbitrale¹⁷⁶. La posizione espressa nel caso *Vattenfall* riprende quella precedentemente adottata da altri tribunali arbitrali in casi ICSID in cui si è affermata l'irrilevanza della giurisprudenza *Achmea* rispetto all'ECT¹⁷⁷.

Nell'arbitrato ICSID U.P. e C.D. *Holding Internationale*¹⁷⁸, il tribunale arbitrale ha ritenuto inapplicabili i principi della sentenza *Achmea* in quanto riferibili a una fattispecie differente¹⁷⁹. L'arbitrato era stato intentato da due società francesi contro l'Ungheria, condannata per aver posto in essere riforme legali e fiscali integranti espropriazione indiretta ai sensi del TBI

¹⁷⁰Ivi, par.161.

¹⁷¹Ivi, par.162.

¹⁷²Ivi, par.187.

¹⁷³Ivi, parr.192 ss.

¹⁷⁴Ivi, par.195.

¹⁷⁵Ivi, parr.202 ss.

¹⁷⁶Ivi, par.208.

¹⁷⁷*Si v. Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Spagna*, Caso n. ARB/14/1, 16 maggio 2018. dove si afferma che *Achmea* "is simply silent on the subject of the ECT"; *Marfin Investment Group c. Repubblica di Cipro*, caso ICSID n. ARB/13/27, 27 luglio 2018.

¹⁷⁸*UP e C.D Holding Internationale c. Ungheria*, caso ICSID n.ARB/13/35, 9 ottobre 2018.

¹⁷⁹Le stesse conclusioni sono state adottate nell'arbitrato *Sodexo Pass International SAS v. Hungary*, caso ICSID No. ARB/14/20.

Francia/Ungheria. Il tribunale nel pronunciarsi sulla rilevanza del caso Achmea, pone la sua attenzione sul fatto che l'arbitrato che vi ha dato origine è un arbitrato UNCITRAL, derivante da un TBI intraunionale, e che presenta degli elementi del tutto diversi da quelli che caratterizzano un arbitrato ICSID. Nell'arbitrato Achmea difatti il procedimento è governato dalla lex arbitri scelta dalle parti tramite la designazione della sede e dalle Regole di Arbitrato UNCITRAL. Inoltre la giurisdizione sul controllo di validità del lodo è esercitata dalle corti della sede, ed è in questo contesto che è stato sollevato il rinvio pregiudiziale alla CGUE. L'arbitrato ICSID invece, seppur anch'esso scaturito da un TBI intraunionale, è una forma di arbitrato delocalizzato dagli ordinamenti giuridici statali¹⁸⁰, governato dal diritto internazionale pubblico e, nello specifico dalla Convenzione ICSID, e in cui il criterio della sede dell'arbitrato è del tutto irrilevante ai fini della determinazione della legge che governa la procedura. Parimenti, il controllo sulla validità del lodo è sottratto alle giurisdizioni nazionali per essere affidato esclusivamente a un comitato ad hoc, la cui decisione non può essere appellata¹⁸¹. Inoltre, la Convenzione ICSID stabilisce agli articoli 53 e 54 che le parti contraenti si impegnano a riconoscere il lodo ICSID come vincolante e a dare esecuzione alle obbligazioni pecuniarie in esso contenute considerandolo alla stregua di una sentenza di una corte nazionale passata in giudicato. Alla luce di queste differenze strutturali, il tribunale arbitrale afferma che la sentenza Achmea non contiene alcun riferimento né all'arbitrato ICSID, né alla Convenzione ICSID. Nella sua analisi, il tribunale arbitrale non ravvisa l'esistenza di alcuna regola di diritto unionale che stabilisca l'incompatibilità di questo complesso normativo con gli obblighi previsti dalla Convenzione ICSID, o che preveda che gli obblighi internazionali previsti dalla Convenzione ICSID debbano ritenersi estinti con l'adesione dell'Ungheria all'UE¹⁸². Il tribunale osserva che non c'è stata alcuna denuncia della Convenzione ICSID ai sensi dell'articolo 17 della stessa, e che dunque non si può ritenere che a partire dall'adesione all'UE¹⁸³ l'Ungheria non sia più parte alla Convenzione ICSID, unica circostanza che avrebbe senz'altro comportato la rinuncia all'arbitrato in essa previsto¹⁸⁴. Pertanto è opinione del tribunale che nella sentenza Achmea la CGUE non si sarebbe pronunciata sulla Convenzione ICSID e sull'articolo 25 della stessa, e che dunque in presenza di un

¹⁸⁰V. sul concetto di delocalizzazione dell'arbitrato ICSID R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, 222 ss.; J.-Ch. Honlet, B. Legum, A. Crevon, 'ICSID Annulment', in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch (eds.), in *International Investment Law. A Handbook*, Oxford, 2015; ICSID, *Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, 10 agosto 2012, 7 dove viene precisato che 'One of the unique features of the ICSID system is its autonomous nature. ICSID arbitration is known as self-contained, or de-localized, arbitration because local courts in any particular State have no role in the ICSID proceeding'.

¹⁸¹*Up e C.D.*, cit., parr. 254 ss.

¹⁸²Ivi, parr. 260 ss.

¹⁸³Il tribunale arbitrale osserva a tal proposito che anche volendo considerare l'ipotesi che il TBI Francia/Ungheria debba ritenersi retroattivamente terminato a far data dal maggio 2004, il TBI (incluso l'articolo che prevede l'arbitrato) rimarrebbe ancora in vita dal momento che esso contiene una "clausola di sopravvivenza", che prevede un'estensione della protezione per oltre venti anni a far data dalla sua scadenza.

¹⁸⁴Idem.

valido consenso il tribunale arbitrale può dichiarare sussistente la propria giurisdizione. Sebbene molte delle osservazioni del tribunale arbitrale espresse in questo caso appaiano fondate, esse sono difficilmente conciliabili con la sentenza *Achmea*, che fa specifico riferimento all'arbitrato scaturente da TBI intraunionali senza distinguere tra arbitrato ICSID o UNCITRAL, e che ha l'ambizione di travolgere i TBI intra-UE anche se gli stessi, come opportunamente rilevato dal tribunale arbitrale, non sono stati terminati e dunque sono da ritenersi ancora in vigore tra le parti. Il tribunale arbitrale avrebbe potuto spingere il proprio ragionamento anche oltre, facendo riferimento alla disposizione del TBI Francia/Ungheria che individua la legge che governa il merito. Quest'analisi sarebbe stata determinante per rimarcare ancora di più il grado di delocalizzazione dell'arbitrato ICSID, che non riguarda in questo caso soltanto gli aspetti processuali ma anche sostanziali, dimostrando che il tribunale arbitrale non si sarebbe in nessun caso trovato ad applicare il diritto unionale. Difatti l'articolo 12(5) del TBI Francia/Ungheria prevede che il tribunale arbitrale debba decidere "conformement aux dispositions du présent Accord et aux règles et principes du droit international"¹⁸⁵. Non vi sarebbe stato alcun rischio né per l'autonomia del diritto unionale, né per la competenza esclusiva della CGUE.

Questa giurisprudenza ci dà la misura del notevole stato di incertezza generato dalla sentenza *Achmea* nella comunità internazionale. Sarebbero senz'altro auspicabili degli ulteriori approfondimenti delle istituzioni europee volte a chiarificare tutti gli elementi di dubbio e di contrasto sin qui evidenziati.

In astratto, la sentenza *Achmea* è in grado di produrre ulteriori conseguenze sugli investimenti esteri all'interno dell'Unione Europea. Dal momento che le corti nazionali dovranno necessariamente conformarsi alla stessa, è dunque plausibile che ci sarà una corsa degli investitori all'estero nel tentativo di dare esecuzione ai lodi in Stati che non sono membri dell'Unione Europea. Parimenti, sarà di fondamentale importanza la localizzazione della sede dell'arbitrato, perché in principio se la stessa si trova al di fuori di uno Stato membro, le corti della sede potranno non essere vincolate dal dictum della CGUE. Questo avrà probabilmente l'effetto generale di un allontanamento degli investitori dall'Unione Europea, dal momento che la stessa potrà essere percepita, in questo clima di incertezza e di trasformazione, come un luogo non attrattivo per gli investimenti. La Commissione ha ritenuto che una simile percezione degli investitori sarebbe infondata dal momento che il diritto unionale fornirebbe obblighi sostanziali e procedurali adeguati agli investitori intra-UE, assicurando che anche altri interessi legittimi vengano debitamente presi in considerazione.¹⁸⁶ Potrebbe inoltre verificarsi che gli investitori desiderosi di investire nell'Unione Europea decidano di strutturare o ristrutturare i propri investimenti utilizzando un'impresa incorporata al di fuori dell'UE. In questo modo, gli investitori saranno protetti da un TBI tra uno Stato membro e uno Stato terzo che potrebbe non essere impattato dal caso *Achmea*. La Brexit potrebbe inoltre aprire nuovi scenari, dato che il Regno

¹⁸⁵Cfr. articolo 12(5) del TBI Francia/Ungheria, cit..

¹⁸⁶Ivi, 3.

Unito potrebbe presto diventare una giurisdizione extra-UE, e dunque tutti gli investitori che beneficiano della nazionalità britannica potranno continuare a ricorrere all'arbitrato intraunionale usufruendo dei TBI e dell'ECT¹⁸⁷, sempreché il Regno Unito non decida di dare seguito alla dichiarazione in cui ha manifestato la volontà di terminare i propri TBI intraunionali¹⁸⁸.

4. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni fin qui espresse, emerge che la sentenza Achmea lascia irrisolte numerose questioni. Un maggiore approfondimento della CGUE su tutti i punti in essa affrontati sarebbe stato opportuno, soprattutto in considerazione delle notevoli conseguenze che questa pronuncia è in grado di produrre.

L'aspetto che più preoccupa in questo momento gli operatori del diritto sembra quello di comprendere quali alternative ci siano all'arbitrato degli investimenti all'interno dell'Unione Europea¹⁸⁹. Le istituzioni europee sembrano dare per scontato che il sistema giudiziario di tutti gli Stati dell'Unione Europea e il diritto unionale siano in grado di offrire un livello sufficiente e uniforme di protezione agli investimenti all'interno di tutti gli Stati membri¹⁹⁰. Sul punto è particolarmente critica la posizione della *Swiss Arbitration Association* ("ASA"), che ritiene che questa premessa delle istituzioni europee sia una "legal fiction"¹⁹¹, in grado di produrre danni ingenti a tutti quegli investitori che hanno in buona fede fatto affidamento sul sistema dei TBI intraunionali, e che invece saranno costretti ad andare innanzi alle corti degli Stati che hanno adottato la misura che ha danneggiato i loro investimenti¹⁹². L'ASA fa leva in particolare sul rischio delle ingerenze governative nell'attività giurisdizionale delle corti degli Stati membri. A tal fine richiama la recente condanna della Polonia ai sensi dell'articolo 7(1) del TUE per le ingerenze del Governo volte a pregiudicare l'indipendenza e l'imparzialità delle corti nazionali¹⁹³. A questa preoccupazione sollevata dall'ASA, potrebbero anche aggiungersi diversi rilievi sotto il punto di vista delle garanzie processuali del giusto processo¹⁹⁴, che in alcuni sistemi giurisdizionali difettano o sono inferiori agli standard medi, si pensi ad esempio al profilo della ragionevole

¹⁸⁷V. il report a cura di King & Woof, *Intra-EU investment arbitration in 2028: will there be any BITS at all?*, disponibile su <https://www.kwm.com/en/it/knowledge/insights/intra-eu-investment-arbitration-in-2028-will-there-be-any-bits-at-all-20181119>.

¹⁸⁸ *Declarations of the Representatives*, cit.

¹⁸⁹ASA Board, "The Cost of Achmea", in *ASA Bulletin* 3/2018, 553 ss.

¹⁹⁰Comunicazione della Commissione, Tutela degli investimenti, 22. La Commissione ribadisce in quella sede che il sistema giurisdizionale dell'UE sarebbe in grado di offrire una tutela giurisdizionale effettiva per i diritti degli investitori in conformità al diritto dell'UE.

¹⁹¹ASA, cit., 555.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ASA, cit.; V. sul tema l'EU Scoreboards 2018, disponibile su https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf, p.6

¹⁹⁴Per una visione d'insieme, V. *EU Scoreboards*, cit.

durata del processo¹⁹⁵. La prospettiva di doversi imbattere in processi eccessivamente lunghi potrebbe avere la conseguenza di dissuadere gli investitori dall'investire nell'Unione Europea, prediligendo Stati terzi in cui è possibile il ricorso all'arbitrato. L'oggettiva situazione di disparità dei sistemi giudiziari esistente tra gli Stati membri¹⁹⁶ e l'impossibilità di ricorrere all'arbitrato, potrebbe generare una situazione di disparità tra gli Stati membri, in quanti gli investitori potrebbero concentrare i propri investimenti in quei paesi europei in cui c'è una maggiore efficienza del sistema giudiziario, a danno di quei paesi con sistemi meno efficienti che prima potevano però proporre l'arbitrato come alternativa e incentivo agli investimenti.

Sebbene gli obiettivi per così dire "politici" dell'Unione Europea siano a lungo termine comprensibili, le istituzioni europee non sembrano aver dato il giusto peso alle ragioni per cui in materia di investimenti si sia preferito ricorrere al sistema dell'arbitrato internazionale anziché alle corti nazionali. Esse non sembrano aver adeguatamente ponderato l'importanza che l'arbitrato degli investimenti ha avuto nel tempo come fattore di attrazione degli investimenti, in settori delicati quali ad esempio quello dell'energia. L'arbitrato ha rappresentato un volano per lo sviluppo degli investimenti in quanto è dotato di caratteristiche difficilmente riscontrabili nei sistemi giurisdizionali nazionali, quali la neutralità del foro, l'expertise degli arbitri, le competenze linguistiche dei giudicanti, l'adattabilità e la flessibilità della procedura e non in ultimo l'agevole circolazione del lodo a livello internazionale.¹⁹⁷

Le istituzioni europee hanno posto fortemente l'accento, anche nel Regolamento che istituisce un quadro per la protezione degli investimenti esteri diretti nell'Unione¹⁹⁸, sulla necessità di dover proteggere la sicurezza e l'ordine pubblico dell'Unione Europea e degli Stati membri,¹⁹⁹ facendo propria dunque l'insofferenza che da tempo gli Stati, non solo europei²⁰⁰, hanno mostrato nei

¹⁹⁵La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è trovata in diverse pronunce a sanzionare gli Stati per la durata non ragionevole dei propri processi. Tra questi figura l'Italia (V. il Report del Centro Studi della Camera dei Deputati, *"La durata ragionevole del processo"*, 22 maggio 2018, <http://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104921.pdf>).
disponibile su

¹⁹⁶V. l'EU Scoreboard, cit., che confronta sulla base di diversi parametri l'attività giurisdizionale delle corti degli Stati membri.

¹⁹⁷A. Henke, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Dir. commercio internaz.*, 2017, 150.

¹⁹⁸*Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union* PE-CONS 72/18, 20 febbraio 2019, disponibile su <https://www.consilium.europa.eu/media/38347/pe00072-en18.pdf>

¹⁹⁹*Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione Europea*, 13.9.2017 COM (2017)

²⁰⁰Particolarmente forte furono le parole di denuncia del presidente dell'Ecuador Correa che portarono all'uscita del paese dal sistema ICSID, ritenuto un'atrocità e un retaggio del colonialismo, della schiavitù del paese dalla globalizzazione, da Washington e dalla Banca Mondiale. Le dichiarazioni di Correa sono disponibili al link <https://www.iisd.org/itn/2009/06/05/ecuador-continues-exit-from-icsid/>.

confronti dell'arbitrato degli investimenti²⁰¹. Tra le critiche maggiori, vanno annoverate quelle per cui l'attuale sistema degli investimenti rappresenterebbe una minaccia alla democrazia, dal momento che gli Stati sarebbero travolti da una vera e propria paura di legiferare, dovuta al timore di poter essere trascinati in costosi arbitrati, innanzi a panel di giuristi d'affari che opererebbero in maniera poco trasparente, e la cui volontà finirebbe col prevalere su quelle dei parlamenti nazionali, arrivando al punto di comprimere tutele giuridiche da questi predisposte.²⁰² Questo fenomeno è anche descritto come “regulatory chill”²⁰³, e vedrebbe una notevole compressione della sovranità legislativa statale in ambiti rilevanti dal punto di vista pubblicistico, quali la tutela dei diritti umani e delle risorse naturali²⁰⁴. Inoltre, il carattere di riservatezza insito in molte procedure arbitrali sarebbe in contrasto col fatto che l'arbitrato degli investimenti tocca interessi pubblici sensibili, al punto che qualcuno ha parlato di procedure arbitrali gestite e decise “in the back rooms of democracy”.²⁰⁵ Queste critiche che circolano nella comunità internazionale da tempo²⁰⁶, sono state notevolmente sottovalutate dalle istituzioni arbitrali e dai tribunali arbitrali, causando una sorta di rigetto dell'arbitrato internazionale degli investimenti. Per far fronte a queste preoccupazioni, è stato avviato in sede UNCITRAL un progetto di riforma del sistema ISDS, ai cui lavori partecipano anche l'Unione Europea e gli Stati membri²⁰⁷.

²⁰¹V. sul tema N. Lavranos, *Countering Anti-ISDS Propaganda with Facts: An Uphill Battle*, in Kluwer Arbitration Blog,, 8 giugno 2015, disponibile al link <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/06/08/countering-anti-isds-propaganda-with-facts-an-uphill-battle/>; S.D.Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decision*, in *Ford.L. Rev.*, 2005, 1545 ss.; C.Brower, S.Schill, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in *Chic. J. of Intl' L.*, 2009, 1 ss.; P. Bernardini, *The European Union's Investment Court System – a Critical Analysis*, in *ASA Bulletin*, 2017, 812 ss.

²⁰²Per un maggiore approfondimento V. A.Henke, *La crisi del sistema ISDS*, cit., 139; G.V.Harten, “Five Justifications for Investment Treaties: a Critical Discussion”, in *Trade L. & DEV.*, 2010, 22 ss.; J. D'Agostino, “Rescuing International Investment Arbitration: Introducing Derivative Actions, Class Actions, and Compulsory Joinder”, in *Va. L. Rev.*, 2012, 177 ss.;

²⁰³Con il termine “regulatory chill”, ossia “gelo normativo”, si vuole indicare quella tendenza degli Stati che innanzi al rischio continuo di essere citati in arbitrati dagli investitori sulla base dei TBI e di essere quindi esposti a ingenti risarcimenti, preferiscono non legiferare e quindi autocensurarsi nelle loro scelte politiche in settori chiave per la tutela dell'interesse pubblico (V. sul tema K. Thienara, *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*, in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, C. Brown, K. Miles (eds.), Cambridge, 2011; G.VanHarten, D.N. Scott, *Investment treaties and the internal vetting of regulatory proposals: A case study from Canada*, in *J. Intl' Dispute Settlement*, 2016, 92).

²⁰⁴Henke, cit., 147.

²⁰⁵Ivi, 144.

²⁰⁶Per un maggiore approfondimento V. A. Algostino, “ISDS (Investor-State Dispute Settlement) il cuore di tenebra della Global Economic Governance e il costituzionalismo”, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 103 ss.

²⁰⁷I lavori del Working Group III dal 2017 al 2019 sono consultabili sul sito https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state. Alla scorsa sessione del Gruppo che si è svolta a New York il 19 aprile, l'Unione Europea e gli Stati membri hanno presentato il documento “Establishing a standing mechanism for the settlement of international investment disputes”, consultabile al sito http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157631.pdf.

Le istituzioni europee hanno inteso affermare una visione totalmente “eurocentrica” del diritto degli investimenti, arrivando a concepire il corpus di norme processuali e sostanziali dell’arbitrato internazionale degli investimenti come una limitazione all’applicazione del diritto dell’UE per il trattamento degli investimenti transfrontalieri. E questo non può che tradursi in uno scontro tra tribunali internazionali, come è accaduto nei casi ICSID sopra menzionati. Parimenti, potrebbe ravvisarsi lo scenario di un possibile conflitto tra la CGUE e la Corte EDU, qualora quest’ultima fosse adita da investitori che assumano che lo smantellamento del sistema dei TBI intraunionali si sia concretizzato in violazioni di norme della Cedu, e potrebbe trovarsi ad adottare una prospettiva diversa se non opposta a quella della CGUE.

2616

In questa situazione d’incertezza, si rende quanto mai opportuno un intervento rapido delle istituzioni europee, volto a chiarire non soltanto tutte le implicazioni del caso Achmea, soprattutto sui procedimenti arbitrali e giurisdizionali attualmente pendenti²⁰⁸, ma anche a definire con chiarezza il “post-Achmea”. Nella dichiarazione sulle conseguenze giuridiche del caso Achmea, i ventidue Stati firmatari si sono impegnati alla luce delle Conclusioni del Consiglio Europeo relative alla Comunicazione della Commissione sulla revisione intermedia del piano d’azione per l’Unione dei mercati dei capitali²⁰⁹, a intensificare lo scambio di informazioni con la Commissione al fine di valutare la necessità di revisionare i sistemi di risoluzione delle controversie ed eventualmente crearne di nuovi²¹⁰. A tal proposito sarebbe auspicabile a parere di chi scrive la creazione di un sistema di risoluzione delle controversie specifico in materia di investimenti intra-UE tra Stati membri²¹¹, che sia pienamente conforme al diritto unionale e

²⁰⁸Questa preoccupazione è stata al centro del “*Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands*”, cit., in cui le parti hanno dato alcuni suggerimenti per trovare una soluzione di compromesso al fine di gestire la fase che porta a terminare i TBI intraunionali, e quella immediatamente successiva. Nello specifico questi Stati suggeriscono che sarebbe preferibile che gli Stati membri terminassero i TBI intraunionali attraverso un accordo multilaterale, che ai sensi dell’articolo 59 della Convenzione di Vienna possa sostituire tutti i precedenti TBI intraunionali. Peraltro questa possibilità è stata considerata nella dichiarazione dei ventidue Stati membri, nella parte in cui hanno affermato “Member States will make best efforts to deposit their instruments of ratification, approval or acceptance of that plurilateral treaty or of any bilateral treaty terminating bilateral investment treaties between Member State no later than 6 December 2019.”. Questo strumento multilaterale dovrebbe anche contenere disposizioni volte a gestire le sorti degli arbitrati e dei lodi già pendenti, e questo sempre nell’ottica di non creare gap di protezione per gli investitori che avevano fatto legittimamente affidamento sul sistema dell’arbitrato degli investimenti intraunionale (par.7 della dichiarazione, cit. e par.6 del non-paper, cit.).

²⁰⁹Conclusioni del Consiglio Europeo relative alla Comunicazione della Commissione sulla revisione intermedia del piano d’azione per l’Unione dei mercati dei capitali, 1 luglio 2017, disponibile su <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-mid-term-review-capital-markets-union-action-plan/>.

²¹⁰*Declaration of the Representatives*, cit.

²¹¹Questa posizione è condivisa anche dagli Stati che hanno presentato il Non-paper, cit., §11 ss., che sono a favore dell’introduzione di un “binding and enforceable settlement mechanism for investment disputes”. Secondo questi Stati, questo meccanismo di risoluzione delle controversie potrebbe presentare tre forme diverse. Le tre alternative prospettate sono le seguenti: (i) conferire ai sensi dell’articolo 273 TFUE tutte le controversie in materia di investimenti intra-UE alla CGUE, (ii) creare un sistema simile alla Unified Patent Court, che è un tribunale comune a tutti gli Stati membri contraenti, ed è parte del loro sistema

compatibile con l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ma che sappia anche mutuare dall'arbitrato internazionale degli investimenti quelle caratteristiche che lo hanno reso per lungo tempo il modo privilegiato di risoluzione delle controversie in materia di investimenti.

giudiziario, con competenza esclusiva a decidere in materia di brevetti europei (non potendo trattare approfonditamente della UPC, si rinvia ex multis a R.Baratta, *The Unified Patent Court – what is the 'common' trait about?*, in C. Honorati (eds.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Torino, 2014, 109; T. Jaeger, R. Hilty, J. Drexler, H. Ullrich, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the 2009 Commission Proposal for the Establishment of a Unified European Patent Judiciary*, in ICC, 2009, 817; J. Alberti, *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 367; D. Harhoff, *Economic Cost-Benefit Analysis of a Unified and Integrated European Patent Litigation System*, available at http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/studies/litigation_system_en.pdf, 26 February 2009, p. 16); (iii) ai sensi dell'articolo 52 della Convenzione dell'Aja del 1907, riferire tali controversie alla Corte Permanente di Arbitrato tramite la redazione di un compromesso, il cui contenuto possa essere modellato nel senso di includere tutti gli elementi che erano stati progettati per la Investment Court System del TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership), ossia arbitri permanenti, regole etiche rigide, possibilità di appellare il lodo (non potendo trattare approfonditamente delle caratteristiche dell'ICS del TTIP, le cui negoziazioni si sono tra l'altro interrotte all'indomani dell'elezione di Trump, si rinvia ex multis a Calamita, *Il nuovo doppio binario*, cit., 865 ss.; A. Renish, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, in *J. Intl' Ec. L.*, 2016, 1; A. De Nanteuil, *Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement?*, in *Journal du Droit International*, 2017, p55; E.Fahey, *CETA and Global Governance Law: What Kind of Model Agreement Is It Really in Law?*, in *European Papers*, Vol. 2, 2017, 293; A. Henke, *La crisi del sistema*, cit., 55).

Problemi aperti in tema di contraddittorio nei procedimenti di accertamento tributario nella prospettiva dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo

di Giuseppe Vanz

Abstract: Open problems in the matter of adversarial principle in tax assessment proceedings in the perspective of the relations between national and European legal systems – The paper deals with the issue of the necessary debate between taxpayers and the Tax Authorities in the phase that precedes the issue of the tax assessments and aims to critically examine, in the light of European law and the principle of equality, the domestic case-law.

Keywords: Tax law; Administrative proceeding; Adversarial principle; EU law; Principle of equality.

2619

1. Premessa

Il tema del contraddittorio amministrativo tra contribuenti e amministrazione finanziaria antecedente l'emissione degli atti impositivi (avvisi di accertamento in particolare)¹ ha occupato in modo significativo la giurisprudenza nazionale dell'ultimo decennio², ma è ben lungi dall'aver trovato una sistemazione appagante.

Da un lato, infatti, si registrano orientamenti giurisprudenziali che negano l'obbligatorietà del contraddittorio laddove esso potrebbe dispiegare appieno la sua utilità oppure prescelgono delle soluzioni applicative che ne minano l'effettività.

D'altro lato, non mancano orientamenti giurisprudenziali che affermano l'obbligatorietà del contraddittorio in casi in cui esso è normalmente privo di una reale utilità e si risolve quindi, per lo più, in un puro formalismo.

¹ Tema sul quale possono in generale vedersi, tra i molti autori che se ne sono occupati, le opere monografiche di L. Salvini, *La partecipazione del privato all'accertamento nelle imposte sui redditi e nell'iva*, Padova, 1990 e di G. Ragucci, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009, *passim*. Tra i contributi più recenti: F. Tundo, *Contraddittorio: la Cassazione recupera la funzione nomofilattica e supera la "riforma" in itinere*, in *Corr. trib.*, 2019, 678 s.; S.F. Cociani, *Il contraddittorio preventivo di nuovo all'attenzione della Consulta. Verso il riconoscimento del principio del giusto procedimento?*, in *Rass. trib.*, 2019, 531 ss.

² Solo nell'anno in corso si contano in proposito decine di sentenze della sezione tributaria della Corte di cassazione, parte delle quali verranno citate nelle successive note.

Si evidenziano pertanto delle ipotesi di contraddittorio amministrativo in difetto e in eccesso.

Più in generale, la negazione da parte della giurisprudenza di legittimità di un generale diritto al contraddittorio endoprocedimentale con riferimento ai tributi non rientranti nell'ambito delle competenze europee (c.d. tributi "non armonizzati")³, determina un'evidente discriminazione tra contribuenti, a seconda che vengano in rilievo:

- tributi "armonizzati" (ad es. IVA), rispetto ai quali la Corte di giustizia da tempo afferma la sussistenza di un principio generale che riconosce in ogni caso il diritto al contraddittorio amministrativo;
- tributi non "armonizzati" (ad es. IRPEF, IRES e IRAP), rispetto ai quali la Corte di cassazione nega la sussistenza di un analogo principio e riconosce pertanto il diritto al contraddittorio solamente là dove espressamente previsto da specifiche disposizioni di legge, come ad esempio l'art. 12, comma 7, della legge n. 212/2000 (recante lo Statuto dei diritti del contribuente), attuativo del contraddittorio endoprocedimentale a favore del "contribuente sottoposto a verifiche fiscali"⁴.

Il tutto a fronte di esigenze di garanzia dei contribuenti e di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa che sono sostanzialmente le stesse in relazione a tutti i tributi ("armonizzati" e non).

Nelle pagine che seguono, intendiamo soffermare brevemente l'attenzione su questi diversi ma correlati aspetti.

³ Come ad es. si legge in Cass. civ., sez. un., 9-12-2015, n. 24823, par. 6.1. della motivazione: "...deve, dunque, registrarsi che, sul tema in rassegna, non vi è coincidenza tra disciplina Europea e disciplina nazionale. La prima, infatti, prevede il contraddittorio endoprocedimentale, in materia tributaria, quale principio di generale applicazione, pur valutandone gli effetti in termini restrittivamente sostanzialistici; la seconda, lo delinea, invece, quale obbligo gravante sull'Amministrazione a pena di nullità dell'atto - non, generalizzatamente, ogni qual volta essa si accinga ad adottare provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente - ma, soltanto, in relazione ai singoli (ancorché molteplici) atti per i quali detto obbligo è esplicitamente contemplato... L'indicata divaricazione si proietta inevitabilmente sulla regolamentazione dei tributi c.d. "non armonizzati" (in particolare: quelli diretti), estranei alla sfera di competenza del diritto dell'Unione Europea, e di quelli c.d. "armonizzati" (in particolare: l'iva), in detta sfera rientranti". Ma si veda anche, tra le molte, la più recente Cass. civ., sez. VI-5, 16-04-2019, n. 10652 (ord.), par. 1.2. della motivazione.

⁴ Sotto la rubrica "Diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali", l'art. 12 l. 27-7-2000, n. 212, relativamente agli "accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, industriali, agricole, artistiche o professionali" (comma 1), prevede al comma 7 che "Nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori. L'avviso di accertamento non può essere emanato prima della scadenza del predetto termine, salvo casi di particolare e motivata urgenza...". Sulle altre specifiche ipotesi di contraddittorio amministrativo previste dalla normativa, può vedersi F. Randazzo, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2018, 235-238. In proposito cfr. anche L. Salvini, *La "nuova" partecipazione del contribuente (dalla richiesta di chiarimenti allo statuto del contribuente e oltre)*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 13 s.

2. Contraddittorio in difetto: accertamenti “a tavolino” e accertamenti a seguito di accessi, ispezioni e verifiche presso terzi.

Un caso lampante di difetto di contraddittorio è quello dei c.d. accertamenti “a tavolino”, quegli accertamenti cioè che l'amministrazione finanziaria pone in essere senza aver previamente eseguito accessi, ispezioni e verifiche presso il contribuente, sulla base di attività di controllo condotte stando in ufficio (e per questo appunto definite “a tavolino” in contrapposizione alle attività esterne)⁵.

Relativamente ai tributi “non armonizzati” la giurisprudenza di legittimità⁶:

- interpreta restrittivamente il citato art. 12, comma 7, dello Statuto dei diritti del contribuente;

- nega la possibilità di una sua applicazione analogica;

- nega altresì l'esistenza di un sovrastante principio generale idoneo a garantire il diritto al contraddittorio laddove non espressamente previsto.

Conseguentemente la giurisprudenza afferma⁷:

- che il contribuente assoggettato a controlli “a tavolino” non abbia alcun diritto di intervenire nella formazione del convincimento dell'ufficio impositore (salvo che in particolari ipotesi tassativamente previste⁸);

- che pertanto il contribuente possa legittimamente venire a conoscenza della pretesa fiscale “a cose fatte”, cioè mediante la diretta notificazione di un avviso di accertamento. Avviso che – è opportuno ricordarlo – costituisce un provvedimento immediatamente esecutivo ed esecutorio, come tale suscettibile di pronta esecuzione forzata (riscossione coattiva) da parte della stessa amministrazione finanziaria, anche in pendenza di un eventuale giudizio.

Secondo Cass. civ., Sez. un., 9-12-2015, n. 24823, la *ratio* della limitazione del diritto al contraddittorio ai soli accessi, ispezioni e verifiche presso la sede di attività del contribuente, sarebbe “riscontrabile nella peculiarità stessa di tali verifiche, in quanto caratterizzate dall'autoritativa intromissione dell'Amministrazione nei luoghi di pertinenza del contribuente alla diretta ricerca, quivi, di elementi valutativi a lui sfavorevoli: peculiarità, che specificamente giustifica, quale controbilanciamento, il contraddittorio al fine di correggere,

⁵ Cass. civ., sez. un., 9-12-2015, n. 24823, par. 1.1. della motivazione, definisce “a tavolino” gli “accertamenti derivanti da verifiche effettuate presso la sede dell'Ufficio, in base alle notizie acquisite da altre pubbliche amministrazioni, da terzi ovvero dallo stesso contribuente, in conseguenza della compilazione di questionari o in sede di colloquio (c.d. “verifiche a tavolino”).

⁶ Oltre alla sentenza a sezioni unite citata nella nota precedente (in particolare par. 6 della motivazione), possono tra le più recenti vedersi, ormai in molti casi da parte della sottosezione tributaria della sezione “filtro” (sez. VI-5) anziché da parte della sezione tributaria (sez. V), e prevalentemente con la forma breve dell'ordinanza: Cass. civ., sez. trib., 24-9-2019, n. 23709 (ord.), par. 1 della motivazione; Id., 24-07-2019, n. 20005, par. 8 della motivazione; Cass. civ., sez. VI-5, 21-6-2019, n. 16660 (ord.); Cass. civ., sez. trib., 6-6-2019, n. 15329 (ord.), par. 2.1 della motivazione; Cass. civ., sez. VI-5, 4-6-2019, n. 15233 (ord.); Id., 3-6-2019, n. 15153 (ord.).

⁷ Si veda la stessa giurisprudenza citata nella nota precedente.

⁸ Come ad es. nel caso di un accertamento sintetico del reddito complessivo Irpef effettuato “a tavolino”, in forza di quanto disposto dall'art. 38, comma 7, d.p.r. 600/1973. Una ricognizione di tali ipotesi è presente in F. Randazzo, *Manuale di diritto tributario*, cit., 236-238.

adeguare e chiarire, nell'interesse del contribuente e della stessa Amministrazione, gli elementi acquisiti presso i locali aziendali" (par. 4.1. della motivazione)⁹.

È però difficile capire in che cosa esattamente consista questo "controbilanciamento". L'esigenza di "correggere, adeguare e chiarire, nell'interesse del contribuente e della stessa Amministrazione, gli elementi acquisiti" – di cui parla la Suprema Corte – sussiste tanto nel caso di elementi acquisiti nell'ambito di un accesso presso la sede aziendale o professionale del contribuente, quanto nel caso, ad esempio, di elementi acquisiti a seguito di una richiesta "a tavolino" di dati, notizie e documenti a soggetti terzi (come nell'ipotesi dell'invio di un questionario ai fornitori dell'azienda). Anzi, sussiste forse più nel secondo che nel primo caso, posto che nel secondo caso (a differenza del primo) può trattarsi di dati, notizie e documenti del tutto sconosciuti al contribuente, sulla cui veridicità e sul cui contenuto il contribuente potrebbe aver molto da dire.

Per dare un significato al "controbilanciamento" cui si riferisce la citata giurisprudenza, non resta pertanto che pensare ad una sorta di "risarcimento": siccome l'attività esterna dell'amministrazione ha interferito sulle libertà personali del contribuente (artt. 13, 14 e 15 Cost.), allora si consente al contribuente di interloquire con l'amministrazione¹⁰. Una specie di "indennità" a fronte di un "danno" legittimo.

Ciò trova conferma anche nella risposta data dalla giurisprudenza in un altro caso eclatante di contraddittorio in difetto: quello degli accertamenti a seguito di accessi, ispezioni e verifiche presso soggetti terzi (intesi come soggetti diversi dal contribuente "indagato"). Accertamenti cioè che scaturiscono da attività esterne dell'amministrazione, ma non eseguite presso il contribuente, bensì presso terzi. E questo sia nell'ipotesi in cui l'amministrazione sia andata presso il terzo appositamente per ricercare prove dell'evasione del contribuente "indagato", sia nell'ipotesi in cui l'amministrazione sia andata presso il "terzo" per effettuare un controllo fiscale nei suoi confronti¹¹ e occasionalmente abbia rinvenuto degli elementi a carico di un altro contribuente.

Anche in tali ipotesi, nonostante la presenza di accessi, ispezioni e verifiche, la risposta della giurisprudenza di legittimità è stata nel senso che il contribuente

⁹ Nello stesso senso, tra le altre: Cass. civ., sez. trib., 16-5-2019, n. 13176 (ord.), par. 9.3 della motivazione; Id., 8-5-2019, n. 12140 (ord.); Id., 8-5-2019, n. 12094 (ord.); Id., 7-3-2019, n. 6619; Cass. civ., sez. VI-5, 21-02-2019, n. 5040 (ord.); Cass. civ., sez. trib., 21-12-2018, n. 33283 (ord.).

¹⁰ Una spiegazione, quella illustrata sopra nel testo, che in qualche modo sembra trasparire, seppure in termini non univoci, da Cass. civ., sez. trib., 8-5-2019, n. 12140 (ord.), dove si legge: "Quanto alle imposte dirette [il Giudice di appello: n.d.r.] avrebbe dovuto prendere atto che l'invocato art. 12, comma 7, accorda la garanzia del termine dilatorio, e sancisce la nullità per l'eventuale violazione, soltanto nelle ipotesi, individuate nel comma 1, di "accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, industriali"..., come fatto chiaro dal coordinamento logico tra i due enunciati e dalla circostanza che solo con le indicate attività si realizza quell'intromissione nella sfera privata del contribuente che giustifica l'esigenza di potenziare ed anticipare, in controbilanciamento, le facoltà difensive di questi".

¹¹ Il quale, rispetto all'atto di accesso, non è dunque terzo ma destinatario dell'attività ispettiva, mentre è terzo rispetto al materiale occasionalmente reperito e riguardante in tutto o in parte un altro contribuente.

non abbia il diritto al contraddittorio¹². Ciò anche richiamandosi ai principi affermati nella citata sentenza n. 24823/2015¹³. A dimostrazione del fatto che il “controbilanciamento” di cui parla la giurisprudenza altro non sarebbe che una “indennità” a favore di chi subisce l’intrusione nella propria sfera di libertà. “Indennità” che perciò non spetterebbe a quel contribuente che non abbia subito una siffatta intrusione.

Si tratta tuttavia di una spiegazione della limitazione del diritto al contraddittorio alle sole ipotesi di accessi, ispezioni e verifiche, che suscita non poche perplessità.

Il diritto al contraddittorio risponde infatti a ben diverse e più pregnanti ragioni, e cioè alla duplice e concorrente esigenza¹⁴:

- di assicurare il diritto di difesa del contribuente, il quale – come puntualmente si esprime la Corte di giustizia UE – “trova applicazione ogniqualvolta l’Amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo”; diritto in forza del quale “i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l’Amministrazione intende fondare la sua decisione”¹⁵;

- di assicurare il buon andamento e l’imparzialità (che significa anche considerazione delle ragioni dei privati) dell’azione amministrativa, prevenendo la commissione di errori ed evitando l’inutile dispendio di risorse pubbliche¹⁶.

Non è pertanto questione di “controbilanciamenti”, ma di assicurare diritti e doveri, quali la difesa, il buon andamento e l’imparzialità¹⁷.

Non si può di conseguenza che auspicare un *revirement* da parte della giurisprudenza di legittimità, che porti al riconoscimento anche nell’ordinamento italiano di quel principio generale che da tempo è riconosciuto a livello di ordinamento europeo (e quindi in parte già anche in Italia).

Si tratterebbe, a ben vedere, di un *revirement* del *revirement*, perché – come ben noto – le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno dapprima affermato (nel 2014) che il diritto al contraddittorio endoprocedimentale costituisce un principio generale del nostro ordinamento, per poi negarlo a distanza di poco più

¹² In termini molto puntuali: Cass. civ., sez. VI-5, 11-4-2018, n. 8890 (ord.), ove richiami ai precedenti della Corte.

¹³ Cfr. Cass. civ., sez. trib., 30-1-2019, n. 2579 (ord.), par. 2.2 e 2.3.

¹⁴ Possono in proposito vedersi: F. Gallo, *Contraddittorio procedimentale e attività istruttorie*, in *Dir. prat. trib.*, 2011, 10467 s., spec. par. 4; A. Marcheselli, *Accertamenti tributari e difesa del contribuente*, Milano, 2010, 19 s.

¹⁵ Così si esprime Corte giust., 12-12-2008, causa C-349/07, *Sopropè*, EU:C:2008:746, p.ti 36 e 37.

¹⁶ In tal senso si erano del resto espresse le stesse sezioni unite della Corte di cassazione nella precedente sentenza 29-7-2013, n. 18184, nel cui principio di diritto (par. 5 della motivazione) si legge che il contraddittorio procedimentale “costituisce primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva”. Si noti, oltretutto, che nel passaggio della criticata sentenza n. 24823/2015 riportato sopra nel teso, la stessa Corte afferma che il contraddittorio si pone “nell’interesse del contribuente e della stessa Amministrazione”, senza però valorizzare tale inciso ai fini della propria decisione.

¹⁷ Cfr. S. Muleo, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2016, 141-143.

di un anno (nel 2015)¹⁸: nel primo caso proprio valorizzando il diritto europeo a fondamento del riconoscimento nel nostro ordinamento di un generale diritto del contribuente al contraddittorio endoprocedimentale¹⁹, nel secondo (e più recente) caso argomentando invece circa una “divaricazione” sul punto tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale²⁰.

Cosa non così scontata – quella di un *revirement* del *revirement* – ma in relazione alla quale non mancherebbero delle buone ragioni per attuarlo, anche alla luce di quanto diremo nei successivi paragrafi.

L'ideale, a questo punto, sarebbe un intervento del legislatore, che generalizzasse espressamente per il futuro²¹ l'ambito di applicazione dell'art. 12 dello Statuto dei diritti del contribuente o comunque introducesse esplicitamente un obbligo generale per l'amministrazione finanziaria, prima dell'emissione di qualunque tipo di atto impositivo, di rappresentare al contribuente le anomalie riscontrate, consentendo al contribuente stesso di formulare in un congruo tempo le proprie osservazioni al riguardo²².

Stando al parziale e inadeguato intervento attuato con il recente art. 4-*octies* d.l. 30-4-2019 n. 34²³, sembra tuttavia che ci sia poco da confidare in un intervento risolutivo da parte del legislatore²⁴.

3. Contraddittorio in eccesso: gli accessi ispettivi esclusivamente finalizzati all'acquisizione di documentazione

¹⁸ La più volte citata Cass. civ., sez. un., 9-12-2015, n. 24823, era stata infatti preceduta, in termini contrari, da Cass. civ., sez. un., 18-9-2014, n. 19667 (analoga la n. 19668 in pari data). Su entrambe queste decisioni, con ampi riferimenti sia al diritto interno che a quello europeo, può tra gli altri vedersi R. Iaia, *Il contraddittorio anteriore al provvedimento amministrativo tributario nell'ordinamento dell'Unione europea. Riflessi nel diritto nazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, I, 55 s.

¹⁹ Si vedano in particolare i par. 15.2, 15.2.2. e 16 dei motivi della sentenza Cass. civ., sez. un., 18-9-2014, n. 19667.

²⁰ Si veda in particolare il par. 6 dei motivi della sentenza Cass. civ., sez. un., 9-12-2015, n. 24823, intitolato “Divergenze tra disciplina europea e disciplina nazionale in tema di contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria”.

²¹ Vi è più di un elemento, infatti, che porta a pensare che non sia estranea, all'inversione di rotta attuata a fine 2015 dalla Corte di cassazione, una valutazione circa le conseguenze, sul contenzioso pendente, dei principi affermati nella decisione del 2014, in quanto certamente suscettibile di applicazione anche per il passato.

²² In tal senso può tra gli altri vedersi E. De Mita, *Contraddittorio da potenziare*, nel *Sole24Ore* del 15-1-2019.

²³ Convertito nella l. 28-6-2019, n. 58. Art. 4-*octies* con cui, in buona sostanza, sotto l'enfatica e benaugurante intitolazione “Obbligo di invito al contraddittorio”, ci si è in realtà limitati a rendere obbligatorio l'avvio del procedimento finalizzato ad un eventuale accertamento con adesione (di cui al d.lgs. 218/1997) esclusivamente con riferimento alle imposte sui redditi e all'IVA e ad un ambito molto limitato di ipotesi accertative. Si vedano in proposito le osservazioni critiche di F. Farri, *Considerazioni “a caldo” circa l'obbligo di invito al contraddittorio introdotto dal Decreto Crescita*, in *Rivista di diritto tributario*, suppl. on line, 4-7-2019. In precedenza, si veda in particolare M. Beghin, *Aspetti critici della recente proposta di legge riguardante l'invito al contraddittorio endoprocedimentale*, in *il fisco*, 2018, 4007 s.

²⁴ Si vedano al riguardo le considerazioni di A. Colli Vignarelli, *Il contraddittorio endoprocedimentale e l'“idea” di una sua “utilità” ai fini dell'invalidità dell'atto impositivo*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, II, spec. par. 4.

Se nei casi sopra descritti l'esigenza di un contraddittorio endoprocedimentale indubbiamente sussiste, ma rimane priva di riconoscimento e tutela, per contro vi è un caso in cui la giurisprudenza si è premurata di salvaguardare il diritto al contraddittorio pur in assenza di una reale esigenza.

È il caso degli accessi eseguiti non per effettuare una verifica generale o parziale (c.d. "verifica mirata") presso il contribuente, ma esclusivamente per acquisire uno o più documenti (come ad es. un contratto, una fattura o, al limite, l'intera contabilità).

Anche in tal caso, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, essendoci comunque un accesso, si rende applicabile l'art. 12 dello Statuto dei diritti del contribuente ed il contribuente ha pertanto 60 giorni di tempo dal rilascio del verbale di accesso ed acquisizione documentale per formulare le proprie osservazioni²⁵.

Sennonché, in verbali del genere (che normalmente si aprono e chiudono in giornata, se non addirittura in un'ora o poco più), i funzionari si limitano giustamente a riferire che in un certo luogo hanno acquisito uno o più documenti. Nulla si dice, invece, circa le contestazioni che l'amministrazione finanziaria intenderebbe formulare, anche perché, non avendo evidentemente ancora esaminato i documenti, i verbalizzanti non sono neppure in grado di ipotizzare se vi siano state o no delle violazioni²⁶.

Sulla base di un verbale con questo contenuto, quali osservazioni potrebbe formulare il contribuente? Come può sostenersi che un verbale del genere sia idoneo ad aprire una fase di effettivo contraddittorio tra contribuente e amministrazione? Può veramente dirsi che gli interessati siano stati messi nella condizione – volendo usare le parole della Corte di giustizia – "di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'Amministrazione intende fondare la sua decisione"²⁷?

Vero è che dopo il verbale di acquisizione della documentazione, dopo l'esame della stessa e prima dell'emissione dell'avviso di accertamento, l'amministrazione finanziaria dovrebbe notificare al contribuente un processo verbale contenente l'ipotesi di contestazione formulata a seguito dell'esame della documentazione. Notifica a partire dalla quale – e solo a partire dalla quale – avrebbe un senso far decorrere il termine di 60 giorni previsto dall'art. 12, comma

²⁵ Tra le molte: Cass. civ., sez. trib., 16-5-2019, n. 13176 (ord.), par. 9.3 della motivazione; Id., 8-5-2019, n. 12094 (ord.); Cass. civ., sez. VI-5, 14-9-2016, n. 18110 (ord.).

²⁶ Il che è particolarmente evidente nel caso esaminato da Cass. civ., sez. trib., 8-5-2019, n. 12094 (ord.). In tal caso non era stato acquisito un singolo e specifico documento (a partire dal quale fosse eventualmente possibile per il contribuente formulare delle ipotesi), ma l'intera contabilità IVA (fatture e registri) relativi ad una annualità. Non si era quindi in presenza di un accesso determinato da specifici indizi di violazioni, ma di una verifica generale di *routine*, cui vengono periodicamente assoggettate tutte le imprese per finalità di generico controllo e che avrebbe benissimo potuto concludersi con il riscontro del corretto adempimento di tutti gli obblighi fiscali. Presumibilmente l'ufficio operante dell'amministrazione finanziaria aveva solo ritenuto più agevole verificare la contabilità IVA nei propri uffici, anziché presso la sede del contribuente.

²⁷ Come si esprime, lo ripetiamo, Corte giust., 12-12-2008, causa C-349-07, *Sopropè*, EU:C:2008:746, p.to 37.

7, dello Statuto dei diritti del contribuente per la presentazione di osservazioni e richieste. Perché a quel punto l'ipotesi di contestazione sarebbe conosciuta e quindi effettivamente suscettibile di critica totale o parziale (ma anche di accettazione) da parte del contribuente²⁸.

Diversamente, il contribuente viene a conoscenza della contestazione – ormai fatta e finita – solo con la notifica del definitivo avviso di accertamento. Ma in tal modo il diritto ad un effettivo contraddittorio amministrativo antecedente l'emissione dell'avviso di accertamento viene attuato solo formalmente, perché in nessun momento il contribuente viene messo nella condizione di presentare le proprie osservazioni in ordine ad una concreta ipotesi di contestazione.

Siamo dunque in presenza di un puro formalismo, privo di reale utilità, il quale può addirittura risultare dannoso nella misura in cui, una volta riconosciuta la possibilità di presentare osservazioni a seguito del verbale di mera acquisizione documentale, si ritenga che non vi sia bisogno d'altro e che il diritto al contraddittorio risulti così attuato in modo pieno ed effettivo.

Un formalismo che sicuramente non è idoneo a soddisfare quell'esigenza di una interlocuzione "vera", che sta alla base della riconduzione del contraddittorio endoprocedimentale tra i principi generali dell'ordinamento europeo ad opera della Corte di giustizia UE.

È ragionevole pensare che la Corte europea:

- se forse potrebbe dichiarare compatibile con il diritto europeo una soluzione che preveda un contraddittorio "in più" (quello a seguito della mera acquisizione di documentazione) sebbene raramente utile;

- per contro quasi certamente dichiarerebbe incompatibile con il diritto europeo una soluzione che non preveda per gli interessati, in nessun momento del procedimento, la possibilità "di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'Amministrazione intende fondare la sua decisione".

Anche sotto quest'ulteriore profilo, si incrementa pertanto la divergenza di trattamento dei contribuenti, a seconda che siano in gioco dei tributi "armonizzati" oppure no.

²⁸ In questo senso, in diffomità dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, sembrerebbe orientata Cass. civ., sez. trib., 8-2-2018, n. 3060, nella cui motivazione si legge: - "...La CTR osservava in particolare che trattandosi di atti impositivi esitati in seguito ad un accesso presso la società contribuente, se ne doveva affermare in via pregiudiziale ed assorbente di merito l'illegittimità in quanto non preceduto dal rilascio del processo verbale di constatazione con decorso del termine dilatorio di 60 giorni, come previsto dalla L. n. 212 del 2000, art. 12, comma 7..."; - "Con il primo motivo - ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, l'agenzia fiscale ricorrente lamenta la violazione di plurime disposizioni legislative e dei principi rivenienti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, poiché la CTR ha affermato l'illegittimità degli avvisi di accertamento impugnati erroneamente qualificandoli come derivanti da attività di verifica fiscale in senso stretto e proprio, mentre si trattava di accertamenti c.d. "a tavolino"..."; - "Nel caso di specie risulta correttamente e compiutamente accertato in fatto dal giudice tributario di appello che gli atti impositivi impugnati sono stati preceduti anche da un accesso presso la società contribuente, specificamente finalizzato alla richiesta di documentazione"; - "...nel caso di specie risulta violato l'obbligo di redazione e consegna del PVC previsto dalla disposizione statutaria de qua [cioè l'art. 12, comma 7, L. 212/2000: n.d.r.], sicché deve affermarsi come mai iniziata la stessa decorrenza del termine in questione".

4. Disparità di trattamento in punto di garanzie individuali a seconda che vengano in rilievo tributi “armonizzati” o “non armonizzati”

Quanto sopra esposto apre all'interno del nostro ordinamento un problema di ingiustificata disparità di trattamento, tutte le volte che delle garanzie o maggiori garanzie (come appunto in tema di contraddittorio endoprocedimentale), o comunque dei limiti all'esercizio di poteri pubblici, siano attribuiti nei confronti di certi contribuenti e non di altri, a seconda che i rispettivi tributi rientrino o meno nelle competenze europee. È ben difficile, infatti, che la posizione del contribuente rispetto all'esercizio delle potestà tributarie e le correlative esigenze di garanzia cambino a seconda del tributo che venga in rilievo.

A tale problema si è ricercata in Italia una possibile soluzione d'ordine generale che non richiedesse l'intervento del legislatore o della Corte costituzionale. Una parte della dottrina tributaristica ha ritenuto di poterla trovare nell'art. 1 della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, quale novellata nel 2005, là dove, con riferimento alla generalità dei procedimenti amministrativi, stabilisce che “L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta... dai principi dell'ordinamento comunitario”. Norma che è stata letta come produttiva dell'effetto di estendere l'operatività dei principi europei oltre il “dovuto” (dal punto di vista europeo), cioè anche nei confronti di procedimenti con oggetto non europeo, a cominciare proprio dal diritto al contraddittorio amministrativo²⁹.

Mancano però, allo stato attuale, dei significativi riscontri giurisprudenziali³⁰. Può anzi osservarsi che entrambe le citate sentenze delle Sezioni unite della Cassazione del 2014 e 2015³¹ in tema di contraddittorio amministrativo nei procedimenti tributari omettono del tutto di considerare l'art.

²⁹ In tal senso, con specifico riferimento alla materia tributaria, si può vedere, tra i più recenti contributi, M. Pierro, *Il dovere di informazione dell'Amministrazione finanziaria e il diritto al contraddittorio preventivo*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2016, I, 218 s.; in precedenza, può tra gli altri vedersi: L. Del Federico, *I rapporti tra lo Statuto e la legge generale sull'azione amministrativa*, in *Rass. trib.*, 2011, par. 2. In senso contrario, può invece richiamarsi R. Schiavolin, *La portata, rispetto all'ordinamento tributario italiano, dei “diritti fondamentali” di cui all'art. 41 della Carta UE*, in *NEQTEPA*, n. 2/2018, 7 s., secondo il quale “...da un lato, la collocazione di questo rinvio sotto la rubrica “principi generali” e l'affiancamento di esso ai criteri di efficacia, economicità, imparzialità, ecc., distinti dalle “modalità” dell'azione amministrativa previste dalla stessa l. 241/1990 e da singole normative, mi sembra escludano la volontà del legislatore italiano di attribuire a detti principi la forza necessaria a sostituirsi a discipline speciali, come quelle dei procedimenti tributari. Dall'altro lato, come riconosciuto dall'attuale giurisprudenza di legittimità, l'art. 13, co. 2, l. 241/1990 esclude i procedimenti tributari dagli istituti partecipativi previsti dal capo III di detta legge, aggiungendo che per essi “restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano”, e manifestando così la volontà di lasciare le scelte in materia alla normativa speciale. Tale regola è chiaramente incompatibile con un generale riconoscimento di un diritto al contraddittorio attraverso il rinvio all'art. 41 Carta UE, operante anche in materia di procedimenti tributari” (10-11). Della prima Autrice, anche in risposta alle obiezioni di Schiavolin, si veda altresì M. Pierro, *La collaborazione e la partecipazione “informata” del contribuente nei procedimenti tributari e il diritto ad una buona amministrazione*, in *Innovazione e diritto*, 2018, par. 3.

³⁰ Salvo, nell'ambito del diritto amministrativo, la risalente sentenza Cons. Stato, sez. V, 19-6-2009, n. 4035.

³¹ Si tratta – lo ricordiamo – di Cass. civ., sez. un., 18-9-2014, n. 19667 (analoga la n. 19668 in pari data) e Cass. civ., sez. un., 9-12-2015, n. 24823.

1 della legge n. 241/1990, nonostante prendano in esame diverse disposizioni della medesima legge e nonostante pervengano a conclusioni opposte (la prima affermando l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale in tema di contraddittorio amministrativo; la seconda negandola).

Non si può trascurare, inoltre, che la questione è stata *ex professo* esaminata dalla Corte di giustizia UE nella sentenza *Cicala* del 21-12-2011³², in quanto – secondo costante giurisprudenza della Corte – l'eventuale volontaria "estensione" da parte di uno Stato membro di una normativa europea a materie estranee al diritto europeo determinerebbe per ciò stesso la competenza della Corte a pronunciarsi sulla corretta interpretazione della normativa in questione, ancorché in sede di applicazione a casi non di competenza europea (ciò al dichiarato fine di evitare che interpretazioni nazionali della normativa interna difforni dall'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia della corrispondente normativa europea possa recare ostacolo alla corretta attuazione del diritto europeo nel suo ambito naturale di attribuzione³³). Ma la Corte di giustizia ha escluso che l'art. 1 della legge n. 241/1990 abbia prodotto il descritto effetto estensivo (applicazione dei principi europei a materie estranee) e si è di conseguenza dichiarata incompetente a risolvere le questioni interpretative che le erano state sottoposte³⁴. Con un dispositivo e delle motivazioni confermati nella successiva sentenza *Romeo* del 7-11-2013³⁵.

Né può dirsi che si tratti di sentenze occasionali legate alla particolarità del caso concreto. Se è pur vero, infatti, che i casi concreti delle sentenze *Cicala* e *Romeo* erano pressoché uguali (riguardando entrambi l'estensione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi e le conseguenze della sua violazione) e presentavano una peculiarità tutta interna alla legge n. 241/1990 (avendo la Corte rilevato che al generico rinvio ai principi comunitari contenuto all'art. 1 seguivano nella medesima legge delle specifiche disposizioni proprio in tema di obbligo di motivazione e di conseguenze della sua violazione,

³² Sentenza della Corte di giustizia pronunciata nella causa C-482/10, EU:C:2011:868.

³³ Come ad es. si legge al p.to 39 della sentenza 7-11-2011, causa C-310/10, *Agafitei*, EU:C:2011:467: "...quando una normativa nazionale intende conformarsi, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto dell'Unione, al fine, ad esempio, di evitare che vi siano discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali o eventuali distorsioni di concorrenza, oppure di assicurare una procedura unica in situazioni paragonabili, esiste un interesse certo a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate...".

³⁴ Come si legge al p.to 29 della citata sentenza *Cicala*: "...né la decisione di rinvio, né la legge n. 241/1990 apportano indicazioni sufficientemente precise dalle quali potrebbe dedursi che, richiamandosi, all'art. 1 della legge n. 241/1990, ai principi del diritto dell'Unione, il legislatore nazionale abbia inteso, con riferimento all'obbligo di motivazione, realizzare un rinvio al contenuto delle disposizioni degli artt. 296, secondo comma, TFUE e 41, n. 2, lett.c), della Carta o ancora ad altre disposizioni del diritto dell'Unione inerenti all'obbligo di motivazione dei provvedimenti, al fine di applicare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione. Non si può dunque concludere che, nel caso di specie, sussista un interesse certo dell'Unione a che sia preservata l'uniformità di interpretazione di dette disposizioni".

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia pronunciata nella causa C-313/12, EU:C:2013:718, i cui passi salienti sono trascritti nella nota che segue.

potenzialmente prevalenti, in un ambito esclusivamente nazionale, sulla normativa europea in materia³⁶), è però altrettanto vero che la stessa risposta è stata successivamente data dalla Corte di giustizia con riferimento ad un caso del tutto diverso e privo di tale peculiarità.

Intendiamo riferirci all'ordinanza *De Bellis* del 15-10-2014³⁷, riguardante un caso a rilevanza esclusivamente nazionale (in tema di pensioni), nel quale veniva invocato in forza dell'art. 1 della legge n. 241/1990 il principio europeo del legittimo affidamento per contrastare l'effetto retroattivo di una disposizione nazionale di interpretazione autentica. Caso in cui la Corte di giustizia ha seccamente affermato³⁸, in termini tutt'affatto generali (senza cioè circoscriverne

³⁶ Di modo che dalla legge non risultava una chiara intenzione del legislatore di rendere applicabile in modo diretto e incondizionato il diritto europeo a casi esclusivamente nazionali, equiparando così il trattamento di tutti i casi, europei e non. Come si legge ai p.ti 31-34 della citata sentenza *Romeo*: "...dalla motivazione fornita dalla Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana, a sostegno della propria decisione di sottoporre alla Corte questioni identiche a quelle sollevate nella causa che ha dato luogo alla menzionata sentenza Cicala, non risulta che il rinvio ai principi dell'ordinamento dell'Unione, operato all'articolo 1 della legge n. 241/1990, sia effettivamente volto ad assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione. ...dato che per disciplinare la situazione interna in esame sono applicabili disposizioni di una normativa nazionale, quali le norme specifiche del diritto italiano oggetto del procedimento principale relative all'obbligo di motivazione [art. 3 legge n. 241/1990: n.d.r.] e alle conseguenze di una violazione dello stesso obbligo [art. 21-*octies*, comma 2, legge n. 241/1990, secondo cui 'Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato': n.d.r.], ne risulta che una disposizione della medesima normativa che, come quella oggetto del procedimento principale, opera un rinvio al diritto dell'Unione non è volta ad assicurare un siffatto trattamento identico. Infatti, un trattamento identico è assicurato soltanto qualora il rinvio operato dal diritto nazionale alle norme dell'Unione sia diretto e incondizionato, senza che talune disposizioni del diritto nazionale consentano di disapplicare le suddette norme, così come interpretate dalla Corte... Quindi, una volta che in una normativa nazionale sono presenti, al contempo, norme specifiche, come quelle riprodotte ai p.ti da 4 a 7 della presente sentenza riguardo all'obbligo di motivazione, per la soluzione di una questione di diritto interno, e una norma di rinvio ai principi dell'ordinamento dell'Unione – come avviene nella normativa nazionale oggetto del procedimento principale – da detta normativa deve risultare con chiarezza che, ai fini della soluzione di tale questione di diritto interno, devono essere applicate non già dette norme nazionali specifiche, bensì i principi dell'ordinamento dell'Unione.”.

³⁷ Ordinanza della Corte di giustizia pronunciata nella causa C-264/14, EU:C:2014:2291.

³⁸ Senza peraltro entrare nel merito dell'effettiva rilevanza, rispetto all'attività del legislatore nazionale (essendo nel caso di specie contestata una legge di interpretazione autentica), del richiamo fatto dal giudice remittente all'art. 1 della legge n. 241/1990, il quale concerne i principi applicabili all'attività amministrativa (nell'ambito di una legge che disciplina in generale il procedimento amministrativo) ed è quindi diretto alle pubbliche amministrazioni (rilevanza di cui può a mio avviso seriamente dubitarsi). Ciò evidentemente in conformità alla costante giurisprudenza della Corte, secondo cui in un procedimento di pronuncia pregiudiziale (i) non è compito della Corte di giustizia interpretare le norme di diritto nazionale e (ii) le questioni proposte dal giudice nazionale, nel contesto che esso definisce sotto la propria responsabilità sia in diritto sia in fatto (della cui esattezza non spetta alla Corte giudicare), godono di una presunzione di rilevanza. Come ad es. si legge nella già citata sentenza del 7-11-2011, causa C-310/10, *Agafitei*, EU:C:2011:467, p.to 25: “Secondo una giurisprudenza consolidata, il procedimento ex art. 267 TFUE è uno strumento di cooperazione fra la Corte ed i giudici nazionali. Ne deriva che spetta solo ai giudici nazionali cui è stata sottoposta la controversia e a cui incombe la responsabilità della decisione giudiziaria valutare, tenendo conto delle specificità di ogni causa, sia la necessità di una

la portata a specifici ambiti o materie), che “...la Corte ha già dichiarato che tale disposizione non contiene un rinvio al diritto dell’Unione, ai sensi della citata giurisprudenza della Corte, che consenta a quest’ultima di rispondere a questioni relative all’interpretazione del diritto dell’Unione nell’ambito di controversie puramente interne...” (punto 18). Si noti oltretutto che – rispetto alle sentenze *Cicala e Romeo* – la Corte è passata dalla forma della sentenza a quella dell’ordinanza; e da una pronuncia di incompetenza a rispondere alle questioni sottoposte, ad una pronuncia di manifesta incompetenza³⁹.

È assai dubbio, a nostro avviso, che tali decisioni vincolino giuridicamente il giudice nazionale, su materie nelle quali il legislatore nazionale è rimasto “sovrano” e rispetto alle quali la Corte di cassazione è in sede di interpretazione rimasta “suprema” (Corte costituzionale a parte)⁴⁰. Nondimeno, si tratta di

pronuncia pregiudiziale all’emanazione della loro sentenza sia la rilevanza delle questioni che essi sottopongono alla Corte...”.

³⁹ Può inoltre osservarsi, che diversa era stata la conclusione della Corte in altra precedente causa, concernente la legge italiana 10-10-1990, n. 287 (“Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”), la quale – nel testo allora in vigore – si proponeva di estendere la normativa europea *antitrust* a casi esclusivamente nazionali, e prevedeva tra l’altro, all’art. 1, comma 4, che “L’interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell’ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”. Contrariamente a quanto statuito con riguardo all’art. 1 l.241/1990, in questo caso la Corte, con la sentenza 11-12-2008, causa C-280/06, *ETI*, EU:C:2007:775, p.ti 23-26, aveva stabilito che “Riguardo all’applicazione della summenzionata giurisprudenza alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale, è giocoforza constatare che le disposizioni del titolo I della legge n. 287/90 si conformano, per le soluzioni che apportano a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto comunitario. Infatti, l’art. 1, comma 4, di tale legge dispone che l’interpretazione delle disposizioni del suo titolo I si effettua sulla base dei principi del diritto comunitario della concorrenza. Gli artt.2 e 3 della citata legge, che fanno parte dello stesso titolo, riprendono *mutatis mutandis* la formulazione degli artt. 81 CE e 82 CE. Inoltre, né la formulazione dell’art. 1, comma 4, della legge n. 287/90, né la decisione di rinvio, né gli altri documenti del fascicolo sottoposti alla Corte fanno pensare che il rinvio al diritto comunitario che contiene tale disposizione sia sottoposto a una qualunque condizione. Pertanto, conformemente alla sopra citata giurisprudenza, esiste un interesse comunitario certo a che le regole del diritto comunitario, qualora appaiano dubbi nell’ambito dell’applicazione del rinvio operato dal diritto interno, possano ricevere un’interpretazione uniforme mediante sentenze rese dalla Corte su domanda di pronuncia pregiudiziale”. Una sentenza, quest’ultima, che, essendo antecedente alle sentenze *Cicala e Romeo* e all’ordinanza *De Bellis*, è stata dalla Corte considerata ai fini di tali decisioni e si trova richiamata nella motivazione di tutte e tre le decisioni.

⁴⁰ Tanto è vero che la Corte di giustizia ha negato la propria competenza a rispondere, proprio argomentando che la Corte può essere chiamata a pronunciarsi solo qualora le sue decisioni vincolino il giudice del rinvio (in particolare sentenza 28-3-1995, causa C-346/93, *Kleinwort Benson*, EU:C:1995:85, spec. p.ti 23-24, superando un precedente orientamento che ammetteva un intervento “consultivo” della Corte, su cui si vedano criticamente le conclusioni presentate il 31-1-1995 dall’Avvocato generale G. Tesaro nella medesima causa, EU:C:1995:17, spec. p.ti 24, 25 e 27). Vincolo che però, a quanto è dato di capire, non discenderebbe, nella sua fonte genetica, dal diritto europeo in sé considerato (trattandosi di materie che esulano dalle attribuzioni dell’Unione), ma dalla libera scelta del legislatore nazionale di uniformare il trattamento dei casi nazionali a quelli europei. In questo senso mi sembra vada inteso anche il requisito richiesto dalla Corte per radicare la propria competenza, cioè che il rinvio del legislatore nazionale al diritto europeo sia “diretto e incondizionato”: deve cioè emergere con certezza che il legislatore nazionale ha voluto rendere applicabile a casi esclusivamente nazionali la disciplina europea come interpretata dalla Corte di giustizia. Parliamo quindi di un vincolo che è la conseguenza di una specifica scelta fatta di volta in volta dal legislatore nazionale: le sentenze della Corte di giustizia sono vincolanti perché il legislatore in quel caso

decisioni che, promanando da una suprema magistratura, vanno attentamente considerate.

Ne consegue che allo stato attuale la tesi dottrinale che vede nell'art. 1 della legge n. 241/1990 la chiave di volta per scongiurare ingiustificate disuguaglianze in ambito procedimentale tra tributi europei e non (con estensione ai secondi dei principi valevoli per i primi), da un lato incontra un significativo silenzio da parte delle Sezioni unite della Corte di cassazione italiana, dall'altro lato trova un'espressa negazione (ribadita in tre occasioni) da parte della Corte di giustizia UE.

5. Tributi solo parzialmente “armonizzati” e disparità di trattamento anche nell'ambito dello stesso tributo

Rimane così in sofferenza la disparità di trattamento tra tributo e tributo, e tra contribuente e contribuente, a fronte di situazioni che normalmente sono del tutto equiparabili, come appunto in tema di diritto al contraddittorio endoprocedimentale⁴¹.

Va aggiunto che negli ultimi anni stiamo assistendo ad un costante incremento delle materie tributarie che l'Unione europea assume ricomprese nella propria sfera di attribuzione⁴². Con importanti settori dell'imposizione sui redditi (soprattutto in materia di tassazione delle società di capitali mediante IRES) che si trasferiscono in tutto o in parte sotto il dominio dell'Unione europea. Pensiamo non solo alle recenti direttive europee in materia di deducibilità degli interessi passivi, di imposizione in uscita, di abuso del diritto, di società controllate estere e di disallineamento da ibridi⁴³, ma anche alla pregressa adozione del sistema di derivazione rafforzata nella tassazione dei soggetti che redigono il bilancio secondo i principi contabili internazionali: principi disciplinati da regolamenti europei, che come tali vanno quindi recepiti ai fini della tassazione sui redditi⁴⁴. Senza considerare l'ormai consolidata disciplina fiscale in materia di dividendi, interessi, *royalties* e riorganizzazioni societarie a carattere “intracomunitario”⁴⁵.

specifico si è liberamente vincolato. Coerentemente, nelle decisioni che si sono esaminate, la Corte di giustizia si pone anzitutto un problema di competenza (nei termini sopra precisati) e di fronte a norme nazionali apparentemente contrastanti con il diritto europeo (come in ipotesi l'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990) non si pone un problema di prevalenza del diritto europeo (e di conseguente disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice del rinvio), ma ne ricava invece che il legislatore nazionale non abbia effettivamente voluto rendere applicabile il diritto europeo come interpretato dalla Corte di giustizia.

⁴¹ Si vedano in proposito, con diversità di vedute, i contributi di M. Pierro, G. Ragucci e R. Schiavolin in *NEOTEPA*, n. 2/2018.

⁴² Evidenza tale aspetto, proprio con riguardo all'individuazione dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali, G. Ragucci, *Il diritto ad una buona amministrazione e contraddittorio: lacune, deviazioni e barriere all'accesso nel diritto tributario*, in *NEOTEPA*, n. 2/2018, 27.

⁴³ Direttive del Consiglio UE n. 2016/1164 del 12-7-2016 e n. 2017/952 del 29-5-2017.

⁴⁴ Art. 83, comma 1, terzo periodo, d.p.r. 917/1986.

⁴⁵ Di cui alla direttiva n. 90/435/CEE sui dividendi “intracomunitari”, le direttive n. 2003/48/CE e n. 2003/49/CE su interessi e *royalties* “intracomunitari” e alla direttiva n. 90/434/CEE sulla riorganizzazioni societarie “intracomunitarie”.

Appare pertanto ormai superata la tradizionale contrapposizione tra tributi “armonizzati” e tributi “non armonizzati”, nei fatti soppiantata da una tripartizione che include la categoria dei tributi “parzialmente armonizzati”, come appunto l’IRES.

Vero è che alla già cospicua disparità di trattamento che consegue alla circostanza che le indagini involgano un tributo “armonizzato” oppure no, si somma una progressiva erosione del diritto europeo a scapito dei diritti nazionali, con conseguente estensione dell’ambito di applicazione del diritto europeo e dei suoi principi generali, compreso quello del diritto al contraddittorio amministrativo.

Il che potenzia ulteriormente il problema della disparità di trattamento, il quale da disparità tra tributo e tributo diviene anche disparità all’interno dello stesso tributo. O meglio:

- se da un lato la crescente “colonizzazione” da parte del diritto europeo di “territori” apparentemente rimasti sotto la sovranità esclusiva degli Stati membri (come le imposte sui redditi) determina la positiva estensione dell’ambito di applicazione di diritti ingiustamente negati dalla giurisprudenza nazionale⁴⁶;
- d’altro lato si acuisce il senso di ingiustizia rispetto a tutto quello (e non è poco) che ne rimane ancora fuori.

Nel caso di due contribuenti IRES, di cui il primo assoggettato ad una verifica “a tavolino” degli ammortamenti dedotti (non coperti dal diritto europeo⁴⁷) e il secondo ad una verifica “a tavolino” degli interessi passivi dedotti (coperti dal diritto europeo⁴⁸), come spiegare al primo contribuente che non ha il diritto al contraddittorio endoprocedimentale, mentre il secondo lo ha? E nel caso di uno stesso contribuente assoggettato ad una verifica “a tavolino” tanto degli ammortamenti dedotti quanto degli interessi passivi dedotti, ha veramente un senso sostenere che tale contribuente abbia diritto a contraddire sui secondi ma non sui primi?

6. Conclusioni

È indubbio che il sistema stia avviluppandosi, con garanzie individuali riconosciute “a macchia di leopardo”, difficili da giustificare soprattutto sul piano dell’uguaglianza⁴⁹. E se il legislatore riesce a provvedere solo creando nuove

⁴⁶ Cfr. P. Boria, *Diritto tributario*, Torino, 2016, 400.

⁴⁷ Salvo che per eventuali profili legati ai principi contabili internazionali, di cui si è detto poco sopra nel testo.

⁴⁸ Art. 4 della direttiva del Consiglio UE n. 2016/1164 del 12-7-2016 e n. 2017/952 del 29-5-2017.

⁴⁹ Oltre a quanto esposto nel testo nei precedenti paragrafi, un ulteriore profilo di ingiustificata disparità di trattamento potrebbe manifestarsi in conseguenza dell’operare in Italia dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (Cedu). Tale articolo prevede il “Diritto a un equo processo” ed uno dei suoi principali corollari è proprio il diritto al contraddittorio. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo è orientata nel senso che in linea di principio le garanzie previste dall’art. 6 si applichino non solo rispetto alle attività giurisdizionali (cioè ai “processi” in senso stretto), ma anche alle attività amministrative dirette

disparità (come dimostrato dal recente art. 4-*octies* d.l. 34/2019⁵⁰), è la giurisprudenza – soprattutto quella di legittimità – che dovrebbe farsi carico di intervenire, valorizzando i principi fondamentali del nostro ordinamento, a cominciare proprio dal principio dell’uguaglianza, che in uno con il diritto di difesa e il dovere di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa impone quantomeno, a nostro avviso, un’interpretazione estensiva dell’esistente e, se del caso, l’integrazione analogica, pacificamente non preclusa con riferimento alle norme tributarie di carattere procedimentale⁵¹. Anche se la via maestra sarebbe, sempre a nostro avviso, quella del riconoscimento dell’esistenza di un sovrastante principio generale idoneo a garantire il diritto al contraddittorio laddove non

all’applicazione di sanzioni pecuniarie a carattere afflittivo (tra le altre: ECHR, *Grande Stevens v. Italy*, 18640/10, 4-3-2014, p.ti 94 s.; più di recente: ECHR, *Sa-Capital Oy v. Finland*, 5556/10, 14-2-2019, p.to 68). Le sanzioni tributarie amministrative previste nel nostro Stato hanno in prevalenza carattere afflittivo (secondo i criteri elaborati dalla Corte europea) ed ai procedimenti previsti per la loro irrogazione risulta pertanto in via di massima applicabile l’art. 6 Cedu (cfr., anche se con riferimento a Stati diversi dall’Italia, ma con riguardo a sanzioni amministrative di importo equiparabile o addirittura inferiore a quelle previste in Italia, ECHR, *Chap Ltd v. Armenia*, 15485/09, 4-5-2017, p.ti 35-36; ECHR, *Cecchetti v. San Marino*, 40174/08, 9-4-2013, p.ti 4 e 20-24). Potrebbero pertanto verificarsi delle situazioni in cui il contraddittorio sia riconosciuto ai fini dell’irrogazione delle sanzioni tributarie (in forza dell’art. 6 Cedu), ma non ai fini dell’accertamento del tributo (secondo la normativa nazionale come interpretata dalla Corte di cassazione). Salvo che l’accertamento del tributo e l’irrogazione delle relative sanzioni sono attività in larga parte basate su un comune presupposto logico-giuridico (l’evasione). Anche per questo il relativo procedimento è tendenzialmente configurato dalla legge in modo unitario (art. 17, comma 1, d.lgs. 472/1997). Per cui alla fine il contribuente, se ammesso a contraddire sulle sanzioni, finisce inevitabilmente, di fatto, per contraddire anche sul tributo (cfr. ECHR, *Jussila v. Finland*, 73053/01, 23-11-2006, p.to 45). Con la conseguenza che, in siffatti casi, si determinerebbe un’ulteriore disparità di trattamento (in ordine al contraddittorio sull’accertamento del tributo), a seconda che nel caso concreto sia o no prevista l’irrogazione di una sanzione a carattere afflittivo. Va però detto che, allo stato attuale, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo tende a ritenere “compensabile” (e quindi irrilevante) la mancata attuazione in sede amministrativa delle garanzie previste dall’art. 6 Cedu, tutte le volte che l’irrogazione in sede amministrativa di una sanzione a carattere punitivo possa successivamente essere “sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione” (tra le altre: ECHR, *Grande Stevens v. Italy*, 18640/10, 4-3-2014, p.ti 138-140; più di recente: ECHR, *Sa-Capital Oy v. Finland*, 5556/10, 14-2-2019, p.to 72). Il che comporta che la questione di disparità sopra prospettata potrebbe in concreto porsi solo se la Corte arrivasse a negare alle Commissioni tributarie italiane natura di “organo giudiziario dotato di piena giurisdizione” (ad es. per le limitazioni probatorie previste nel relativo giudizio) oppure (rivedendo o definendo meglio il proprio attuale orientamento) negasse la possibilità di spostare in avanti (dalla fase amministrativa a quella giurisdizionale) l’effettiva attuazione delle garanzie previste dall’art. 6 Cedu, quantomeno con riferimento a sanzioni afflittive di particolare gravità, come possono essere quelle tributarie previste in Italia (basti rilevare che rispetto ai principali tributi del nostro ordinamento le sanzioni “ordinarie” nel caso di evasione consistono nella pena pecuniaria dal 90 al 180% e dal 120% al 240% dell’imposta evasa; per cui non è raro vedere sanzioni irrogate di milioni o decine di milioni di euro, con picchi anche di centinaia di milioni di euro). Sulla questione, con generale riferimento al diritto amministrativo, può vedersi Miriam Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*.

⁵⁰ Di cui si è detto nella precedente nota 23.

⁵¹ Può in proposito vedersi, se si vuole, I. Manzoni – G. Vanz, *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, 2^a ed., Torino, 2008, 118. Più di recente: G. Tinelli, *Istituzioni di diritto tributario. I principi generali*, 5^a, Milano, 2016, 142; G. Melis, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2019, 118.

espressamente previsto, come in un primo tempo riconosciuto dalle stesse Sezioni unite della Corte di cassazione ed in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

Diversamente, non resta che pensare alla Corte costituzionale, la quale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 7, dello Statuto dei diritti del contribuente⁵² nella parte in cui limita la garanzia del contraddittorio endoprocedimentale alle sole ipotesi di accessi, ispezioni e verifiche nei locali destinati all'esercizio di attività di impresa e di lavoro autonomo, ha nel 2017 dichiarato inammissibile la questione per ragioni processuali⁵³, senza quindi entrare nel merito della questione⁵⁴.

Nella più recente sentenza 11-7-2018, n. 152, sembrano tuttavia presenti delle "aperture" (nel senso auspicato) da parte della Corte costituzionale⁵⁵, la quale, nel giudicare della legittimità costituzionale di talune norme della Regione Sicilia che prevedono, nel caso di evasione, l'automatica iscrizione a ruolo della tassa automobilistica regionale, senza passare per una previa fase di accertamento e senza che sia specificamente prevista alcuna forma di contraddittorio endoprocedimentale, ha ritenuto costituzionali tali norme sulla base della duplice e concorrente considerazione:

- che il riscontro dell'inadempimento del contribuente avviene *per tabulas*, attraverso meri riscontri documentali, ed è per ciò privo di "significativi margini di discrezionalità interpretativa": cosa che di per sé renderebbe non irragionevole la mancanza in via generale del contraddittorio amministrativo⁵⁶;
- che nell'eccezionale ipotesi in cui si rendano necessarie delle "valutazioni interpretative di competenza dell'amministrazione interessata", "possa" (e sembra che la Corte intenda "debba") recuperarsi il contraddittorio amministrativo mediante applicazione di una specifica disposizione dello

⁵² Nonché di altre correlate disposizioni, quali gli artt. 32, 39 e 41-bis d.p.r. 600/1973. Sulle questioni poste al vaglio della Corte costituzionale, anche sotto diversi e ulteriori profili (tra cui in particolare quelli esaminati da Corte cost., 7-7-2015, n. 132), si veda G. Corasaniti, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza nazionale e dell'unione europea*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, spec. par. 5.1, 5.2 e 6.

⁵³ Difettosa motivazione dell'ordinanza di rinvio in ordine alla rilevanza della questione di costituzionalità nel caso di specie.

⁵⁴ Così Corte cost., 13-7-2017, n. 187 e 188 (ord.).

⁵⁵ "Aperture" che peraltro si potevano già cogliere nelle argomentazioni presenti nella sentenza 7-7-2015 n. 132, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del contraddittorio amministrativo previsto a pena di nullità dall'art. 37-bis, comma 4, d.p.r. 600/1973, nell'ipotesi di contestazioni di condotte elusive.

⁵⁶ Come più precisamente si legge nei par. 14.6.1. e 14.6.2.: "L'immediata iscrizione a ruolo prevista dalla disciplina regionale censurata si lega ad un tributo il cui profilo determinativo, in caso di inadempimento, emerge *per tabulas*, attraverso meri riscontri documentali; e ciò in termini non diversi da quanto accade per i versamenti non eseguiti, riscontrati in esito ai citati controlli realizzati ex artt. 36-bis del d.P.R. n. 600 del 1973 e 54-bis del d.P.R. n. 633 del 1972. ... L'inserzione della liquidazione del tributo nella fase di formazione del ruolo appare, quindi, giustificata da una azione amministrativa di determinazione del dovuto priva di significativi margini di discrezionalità interpretativa".

Statuto dei diritti del contribuente (diversa dal più volte citato art. 12, comma 7), cioè l'art. 6, comma 5⁵⁷.

Considerazioni, queste, che se riproposte⁵⁸ nei confronti degli accertamenti in materia di imposte sui redditi e IVA, dove la normalità è che vi siano “valutazioni interpretative di competenza dell'amministrazione interessata” e dove è certamente inapplicabile l'art. 6, comma 5, dello Statuto dei diritti del contribuente⁵⁹, dovrebbero aprire la via ad una generalizzazione del contraddittorio endoprocedimentale ad opera della Corte costituzionale⁶⁰.

⁵⁷ Art. 6, comma 5, dello Statuto dei diritti del contribuente, secondo il quale “Prima di procedere alle iscrizioni a ruolo derivanti dalla liquidazione di tributi risultanti da dichiarazioni, qualora sussistano incertezze su aspetti rilevanti della dichiarazione, l'amministrazione finanziaria deve invitare il contribuente, a mezzo del servizio postale o con mezzi telematici, a fornire i chiarimenti necessari o a produrre i documenti mancanti entro un termine congruo e comunque non inferiore a trenta giorni dalla ricezione della richiesta”. Come più precisamente si legge nel par. 14.6.3. della sentenza n. 152/2018 della Corte costituzionale: “Ne consegue che, nelle situazioni ordinarie, laddove al presupposto costitutivo documentato dal PRA non faccia seguito, alla relativa scadenza, l'adempimento dell'obbligazione tributaria, la disciplina regionale censurata finisce per porsi certamente in linea con l'indicazione di principio emergente dall'art. 6, comma 5, dello statuto dei diritti del contribuente. Ciò non preclude, del resto, che, proprio in forza di tale ultima disposizione, l'avviso strumentale ad un contraddittorio antecedente alla formazione del ruolo possa recuperare la sua funzionalità ogni qual volta la determinazione del tributo e l'inadempimento che la fonda riposino su valutazioni interpretative di competenza dell'amministrazione interessata, per ciò solo estranee alle connotazioni di strutturale semplicità che di norma caratterizzano il recupero della tassa in questione”.

⁵⁸ Unitamente a quelle ricavabili dalla precedente sentenza n. 132/2015, che si è citata nella nota n. 52.

⁵⁹ Riguardando esso, come riferito nella precedente nota, la sola ipotesi di iscrizione a ruolo a seguito di semplici controlli automatizzati.

⁶⁰ In proposito rileviamo che è pendente presso la Corte costituzionale (introdotta da Comm. trib. prov. Siracusa, 26-3-2018, n. 170, ord.), una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 7, dello Statuto dei diritti del contribuente (nonché degli artt. 32, 39 e 41-bis d.p.r. 600/1973) e che la relativa trattazione è avvenuta nella camera di consiglio del 4-12-2019, con relatore lo stesso giudice che è stato relatore della causa e redattore della sentenza n. 152/2018. Si è pertanto in attesa del deposito della relativa sentenza/ordinanza. Sulla questione sollevata dalla Commissione tributaria provinciale di Siracusa e sui possibili sviluppi si veda per tutti E. De Mita, *Contraddittorio da potenziare*, cit.

Le corti supreme in Svezia: Da funzionari amministrativi a giudici “veri”?

di Mauro Zamboni

Abstract: Supreme courts in Sweden: From civil servants to “real” judges? – This work evaluates the political, legal, and *stricto sensu* administrative reasons behind the Swedish case, namely the idea of the supreme courts not as independent actors but rather as incorporated within the public administration. However, a recent trend shifts the position of the supreme courts within the Swedish constitutional architecture closer to a more judicial core, *i.e.* a body with the primary duty of defending and safeguarding the law also against the executive and legislative powers.

Keywords: Supreme Courts; Sweden; Welfare state; Separation of powers; constitutional system.

2637

1. Premessa

Per molti lettori, il titolo di questo lavoro sembrerà una domanda alquanto retorica (se non assurda). Dal momento che le corti supreme in un paese sono al vertice del sistema giudiziario, dovrebbe essere alquanto ovvio che i membri di tali corti siano dei veri e propri giudici, o almeno mirino a operare in quanto tali, ovvero si posizionino come un soggetto terzo con il compito di interpretare il diritto da applicare alle controversie tra attori privati e/o pubblici. Infatti, una delle caratteristiche di una forma democratica dello stato, che consideri lo stato di diritto come un suo principio cardinale, è appunto l'idea che i cittadini (tra gli altri) possano trovare nell'organismo giudiziario una parte imparziale per risolvere le controversie tra loro ed altri cittadini o tra loro e le autorità pubbliche.¹

Tuttavia, se si osserva più da vicino tale consenso sommario circa una “naturale” connessione fra democrazia e il posizionamento della corte suprema come un soggetto terzo, si può vedere come sotto la superficie la situazione sia in realtà più complessa e articolata, sia da un punto di vista generale che più specificatamente nel caso svedese. Da una prospettiva più ampia, il compito specifico delle corti supreme, cioè l'essere l'interprete autorevole del diritto, impone loro di collocarsi in una posizione intermedia nella mappa istituzionale di

¹ In tal senso, si veda T. Jagland, *State of democracy, human rights and the rule of law: Populism - How strong are Europe's checks and balances? - Report by the Secretary General of the Council of Europe*, 2017, 17-19, disponibile a <https://edoc.coe.int/en/an-overview/7345-pdf-state-of-democracy-human-rights-and-the-rule-of-law.html>.

una democrazia che sia basata sullo stato di diritto. Tali corti tendono ad occupare contemporaneamente diverse arene: quella giuridica (in quanto autorità ultime nello stabilire quale sia il diritto valido); quella politica (in quanto, nell'esercizio delle loro funzioni, spesso limitano e/o espandono lo spazio operativo degli attori politici e dei loro strumenti legislativi); e infine l'arena sociale in senso lato (attraverso il loro ruolo di adattamento dei regimi normativi ai costanti cambiamenti delle realtà socio-economiche).² Per tale motivo, come anche sottolineato nell'acceso dibattito tra molti studiosi (giuridici e non), la questione circa la natura "puramente giudiziaria" delle corti supreme è lungi dall'essere risolta semplicemente dal fatto che tali corti siano al vertice dell'ordine giuridico.³

Spostando l'attenzione al caso svedese, l'assunzione che "naturalmente" le corti supreme siano "giudiziarie" diventa ancora più tenue. Sia nel dibattito politico che in quello giuridico, in Svezia tradizionalmente si ritiene, quasi senza opposizione, che i tre poteri nel paese scandinavo siano quello legislativo, quello esecutivo ed infine i mezzi di informazione. Tale affermazione ha due risvolti, uno positivo e l'altro negativo. Dal punto di vista positivo questa asserzione sottolinea un dogma fondamentale alla base dell'idea svedese di democrazia, vale a dire la necessità di proteggere la libertà dei media e la libertà di espressione in generale (arrivando al punto di dedicare due delle carte costituzionali a tale scopo).⁴ Tuttavia, questa affermazione solleva anche alcune domande sul cosa essa non includa: il potere giudiziario non è considerato come uno dei pilastri fondamentali dell'architettura costituzionale svedese.⁵

Pertanto, non dovrebbe sorprendere il fatto che nel paese scandinavo le corti supreme siano tradizionalmente considerate (e si considerino) parte integrante di uno degli altri pilastri, ossia l'amministrazione pubblica. L'obiettivo principale di questo lavoro è quello di indagare sulle ragioni per le quali una democrazia pienamente matura come quella svedese, che per la maggior parte degli standard soddisfa i criteri principali per uno stato di diritto, sia riuscita a prosperare basandosi solo su due dei tradizionali pilastri dello stato di diritto, vale a dire il potere politico (o legislativo) e l'apparato amministrativo (o esecutivo). Questo studio circa il posizionamento istituzionale delle corti supreme in Svezia potrebbe a prima vista apparire non molto interessante per un pubblico internazionale,

² In tal senso, si vedano H. M. Kritzer, *Martin Shapiro: Anticipating the New Institutionalism*, in N. Maveety (Ed), *The Pioneers of Judicial Behavior*, Ann Arbor, 2003, 409 ("Le corti producono legislazione, ma questo non fa di loro dei legislatori; le corti amministrano, ma ciò non fa di loro degli amministratori"); e M. Zamboni, *The Policy of Law: A Legal Theoretical Framework*, Oxford, 2007, 160.

³ In tal senso, si vedano ad esempio C. Guarnieri e P. Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, 2002, 68-76; e M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, 1981, 28.

⁴ In tal senso, si vedano *Freedom of the Press Act (1766)* e *Fundamental Law on Freedom of Expression* (1991), disponibili a <http://www.riksdagen.se/en/how-the-riksdag-works/democracy/the-constitution/>.

⁵ In tal senso, si veda O. Petersson, *Report from The Democratic Audit of Sweden 1999: Democracy the Swedish Way*, Stoccolma, 1999, 27 ("Non è un caso che in Svezia siano i mezzi di informazione quelli ai quali solitamente venga assegnato il ruolo di terzo potere. Le corti non contano.").

essendo tale paese sempre stato considerato come “vivere una vita propria” a causa del suo isolamento nelle regioni del Nord Europa. Tuttavia, lo scopo implicito di questa presentazione è quello di introdurre riflessioni di carattere più generale: estrapolare dal caso svedese considerazioni che potrebbero essere applicabili ad altri paesi europei per quanto riguarda la questione se una corte suprema con un carattere pienamente giudiziario sia una *conditio sine qua non* per ogni democrazia.

Dopo aver brevemente presentato nella prima parte una distinzione ideal-tipica e analitica tra “funzionario amministrativo” e “giudice” (in relazione ai loro ruoli nell’ordinamento giuridico), questo lavoro procederà nella seconda parte ad investigare le ragioni politiche, giuridiche e *stricto sensu* amministrative dietro il caso svedese, vale a dire all’idea che le corti supreme non siano attori indipendenti ma piuttosto siano considerate una parte dell’amministrazione pubblica. In particolare, saranno esaminati tre fattori che favoriscono tale anomalia (almeno dal punto di vista dei sistemi giuridici occidentali): un apparato statale altamente integrato e interconnesso come richiesto dal modello svedese dello stato sociale; la mancanza di un’adeguata separazione dei poteri (connessa anche all’assenza di una corte costituzionale); ed infine il particolare sistema di carriera previsto per i giudici che vogliano sedere nelle corti supreme svedesi. Nella terza parte verrà quindi esposta una tendenza recente che sta spostando, sebbene non in modo lineare, la posizione delle corti supreme nell’architettura costituzionale svedese in una locazione più vicina all’ideale di quale sia la funzione di un organo giudiziario. In particolare, forze endogene (ad esempio, un clima politico più conflittuale) ed esogene (ad esempio, l’importanza crescente della produzione giuridica degli organi giudiziari dell’Unione Europea) sembrano avere spostato le corti supreme svedesi più vicino all’ideale di essere un terzo pilastro dell’architettura costituzionale, ovvero un organismo con il compito primario di difendere e salvaguardare il diritto sia nei confronti del potere esecutivo che nei confronti di quello legislativo. Infine, nella quarta parte di questo lavoro verrà presentata una considerazione più generale: che il “pieno” posizionamento delle corti supreme all’interno della cultura giudiziaria non sia un requisito istituzionale essenziale per ogni democrazia; piuttosto, che a tal fine l’indipendenza (o meno) della pubblica amministrazione in generale dal potere legislativo svolga un ruolo più importante.

2. Una linea di separazione (alquanto grossolana) fra funzionari amministrativi e giudici

Prima di iniziare l’analisi, è necessario offrire alcuni chiarimenti circa la terminologia utilizzata in questo lavoro. Come si vedrà in seguito, la maggior parte della discussione ruota attorno al posizionamento (o meno) delle corti supreme svedesi tra gli enti pubblici a carattere amministrativo e, di conseguenza, circa la questione se i giudici di tali corti vengano considerati (e si considerino) come

funzionari amministrativi, piuttosto che “veri” giudici. In questo lavoro, l’assunto di base è che il *funzionario pubblico* sia chiunque “serva il pubblico” e sia retribuito direttamente dallo stato o da un ente locale; in tale definizione di funzionario pubblico rientrano quindi anche i giudici.⁶ Un *funzionario amministrativo* invece fa parte del servizio pubblico (quindi è un funzionario pubblico), ma costituisce una categoria molto più ristretta in quanto identifica il personale che lavora nella pubblica amministrazione, ovvero in quell’apparato dello stato specificamente dedicato alla “gestione dei programmi pubblici”.⁷

A questo riguardo, in una forma di stato democratica si possono identificare diversi punti di divergenza tra la figura ideale del giudice, in particolare se operante in una corte suprema, e quella del funzionario amministrativo. In primo luogo, dal punto di vista istituzionale, il compito principale del funzionario amministrativo è di attuare le direttive promulgate dagli organi legislativi, ad esempio sotto forma di leggi od altri strumenti normativi. Il compito principale di un giudice è invece quello di valutare (e in caso sanzionare) se le varie disposizioni normative siano rispettate, sia nei confronti dei privati che dei funzionari amministrativi. In altre parole, mentre lo scopo del funzionario amministrativo è quello di trasformare la politica in azioni concrete, il giudice ha il dovere di risolvere le controversie a cui tali trasformazioni potrebbero dare o danno luogo.⁸

In secondo luogo, da una prospettiva strutturale, la differenza nei compiti primari significa che il giudice e il funzionario amministrativo tendono ad essere posizionati in posti diversi rispetto agli organi legislativi. Il funzionario amministrativo è considerato (e spesso considera sé stessa o sé stesso) come la mano esecutiva dei politici che siedono nei parlamenti nazionali; invece il giudice, in particolare se al vertice del sistema giudiziario (ad esempio, in una delle corti supreme), tende ad essere collocato (e a collocarsi) al di fuori di tale relazione. Idealmente ella o egli mira ad operare come un arbitro esterno a tutte le interazioni tra attori pubblici e privati, assicurando che questi processi operino entro i limiti del diritto, in particolare nel ruolo d’interprete ultimo del diritto vigente.⁹

Questa distinzione non è solo di carattere ideal-tipico (cioè, non direttamente correlata alle realtà quotidiane), è anche piuttosto approssimativa e (per molti aspetti) abbastanza grossolana. Ad esempio, tenta di dipingere all’interno della stessa immagine e con gli stessi colori (vale a dire sotto l’etichetta di democrazie “occidentali” o “di ispirazione occidentale”), realtà costituzionali e politiche piuttosto variegate e diverse. Ad esempio, si dovrebbero considerare le profonde differenze sia negli aspetti strutturali che in quelli istituzionali tra le corti supreme

⁶ In tal senso, si veda J. C. N. Raadschelders, *Changing European Ideas about the Public Servant: A Theoretical and Methodological Framework*, in F. Sager e P. Overeem (Eds), *The European Public Servant: A Shared Administrative Identity?*, Colchester, 2015, 20-26.

⁷ In tal senso, si veda R. B. Denhardt, J. V. Denhardt e T. A. Blanc, *Public Administration: An Action Orientation*, 7ª ed., Belmont, 2014, 2. Ma si vedano anche A. Massey, *Civil Service Systems: Introduction and Scope of the Book*, in A. Massey (Ed), *International Handbook on Civil Service Systems*, Cheltenham, 2011, 3-4 (circa la mancanza di una definizione universale, a causa di variabili di natura istituzionale e nazionale).

⁸ In tal senso, si veda A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2006, 241.

⁹ In tal senso, si veda Barak, *The Judge in a Democracy*, *supra* a 56.

del Regno Unito e quelle della Germania, in particolare nelle loro relazioni con gli organi legislativi.¹⁰

Nonostante tali diversità e limitazioni, tali caratteristiche ideal-tipiche che qualificano la figura del giudice, in particolare al più alto livello, come distinta dal corpo dei funzionari amministrativi nell'architettura costituzionale, possono essere un utile strumento analitico. Queste proprietà sono in qualche modo funzionali all'obiettivo a cui ogni architettura giuridica e costituzionale operanti in una democrazia dovrebbe ambire: a costruire un sistema dove i politici eletti nel parlamento, nel mentre rappresentino il popolo e abbiano a loro disposizione l'intero apparato amministrativo, vedano comunque il loro agire sempre sottoposto al controllo dei guardiani del diritto, ovvero degli organi giudiziari.¹¹ In breve, queste caratteristiche che distinguono un giudice da un funzionario amministrativo dovrebbero essere considerate come ideali che, tuttavia, possono funzionare nella pratica come fari a cui ogni democrazia occidentale o di ispirazione occidentale dovrebbe mirare, seppur provenendo da direzioni diverse e seguendo percorsi dissimili.

3. I giudici nelle corti supreme svedesi come funzionari amministrativi

2641

Tenendo presente questa distinzione approssimativa e ideal-tipica tra la figura del giudice e quella del funzionario amministrativo, è interessante notare che le corti supreme svedesi, vale a dire, sia la Corte Suprema Amministrativa (in svedese, *Högsta Förvaltningsdomstolen*) sia la Corte Suprema ordinaria (in svedese, *Högsta Domstolen*), sono considerate (e si considerano) all'interno del discorso giuridico e costituzionali come parte della più ampia amministrazione pubblica. Come sottolineato da numerosi giuristi svedesi, in tali corti i giudici tendono ad operare come un'estensione dell'amministrazione pubblica nelle istanze più elevate del sistema giuridico piuttosto che come un soggetto terzo nelle controversie tra attori pubblici e privati.¹² Ciò non significa che le corti supreme tendano a pronunciare decisioni a favore della pubblica amministrazione; più precisamente, significa che i giudici si considerano revisori interni degli enti pubblici a carattere amministrativo (diretti a costruire una “buona amministrazione” secondo i criteri stabiliti dal legislatore) piuttosto che degli arbitri esterni (con il compito di stabilire i vincitori e i perdenti nelle controversie giuridiche, sulla base del diritto vigente).¹³

Un classico esempio di questo posizionamento istituzionale delle corti supreme svedese all'interno dell'amministrazione pubblica è riscontrabile in una serie di sentenze sull'evasione fiscale prodotte dalla Corte Suprema

¹⁰ In tal senso, si veda Guarnieri e Pederzoli, *The Power of Judges*, *supra* a 45-65.

¹¹ In tal senso, si veda A. Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, 2000, 28.

¹² In tal senso, si veda R. Lavin, *Domstol och administrativ myndighet*, Stoccolma, 1972, 7-9.

¹³ In tal senso, si vedano J. Reichel, *God förvaltning i EU och i Sverige*, Stoccolma, 2006, 336; e SOU, *Domaren i Sverige inför framtiden: utgångspunkter för fortsatt utredningsarbete*, Stoccolma, 1994, 48.

Amministrativa. La legge in vigore (*Legge contro l'evasione fiscale*, 1995:575) ha una formulazione abbastanza generica e, in una certa misura, utilizza appositamente una terminologia vaga allo scopo di coprire il maggior numero possibile di evasioni fiscali (sia presenti che future). Poiché questo è l'obiettivo della legislazione, l'Agenzia delle Entrate svedese, nel suo ruolo di ente pubblico, ha attuato la legge in un modo piuttosto ampio. Essa ha incluso schemi legali elaborati dai contribuenti, i quali, benché ufficialmente creati per altri scopi, abbiano avuto in realtà l'elusione fiscale come loro "vero scopo" (riducendo il reddito imponibile totale). In molti casi, la Corte Suprema Amministrativa ha seguito la linea dell'Agenzia delle Entrate, in questo modo (implicitamente) considerando le decisioni di tale agenzia come autorevoli quando si tratta di identificare la "vera intenzione" del legislatore. Ad esempio, la Corte Suprema Amministrativa ha in alcuni casi semplicemente copiato e incollato nella *ratio decidendi* delle proprie sentenze parti dei documenti di policy prodotti dall'Agenzia delle Entrate.

I giudici della Corte Suprema Amministrativa non si considerano quindi come gli interpreti esterni della lettera della legge, ma invece come revisori interni dell'interpretazione offerta dall'agenzia pubblica. Questo atteggiamento da parte della Corte Suprema Amministrativa è ancora più peculiare in quanto riguarda questioni fiscali. In Svezia, in tale settore vi è un buon potenziale di manovra da parte degli organi giudiziari quali veri interpreti della legislazione fiscale soprattutto dal momento che il discorso costituzionale utilizza il principio costituzionale di legalità nelle vicende tributarie, *nullum tributum sine lege*, in modo piuttosto restrittivo delle operazioni che l'agenzia pubblica possa mettere in atto. Casi simili e un simile *modus operandi* possono essere rilevati anche nella Corte Suprema ordinaria, ad esempio quando si osserva la regolamentazione del mercato finanziario e le opinioni espresse al riguardo dall'Autorità di Vigilanza Finanziaria svedese (in svedese, *Finansinspektionen*).¹⁴

Va inoltre notato (anche se questo non sarà studiato in questo lavoro) come questo posizionamento (da parte dei giudici e degli attori esterni) delle corti supreme fra gli enti pubblici a carattere amministrativo, a sua volta, abbia alimentato un altro fenomeno: la percezione da parte degli enti pubblici veri e propri di non essere semplicemente "esecutori", ma anche "interpreti" autorevoli della legge. È piuttosto comune che gli enti pubblici producano e pubblichino autonomamente sui propri siti web documenti di policy in merito a come le varie disposizioni legislative dovrebbero essere interpretate dai destinatari dei servizi amministrativi. Come accennato in precedenza, tali documenti di policy sono usati spesso dalle corti supreme come base giuridica per le loro decisioni, come se fossero documenti giuridicamente vincolanti (quando si tratta di interpretazione legislativa). In altre parole, esiste una percezione del ruolo dei giudici come un'agenzia di *compliance* per quanto riguarda le decisioni della pubblica amministrazione, il che a sua volta stimola gli enti pubblici a carattere

¹⁴ In tal senso, si veda ad esempio T. Ingvarsson, *Allmänna råd och jämkning av borgensåtaganden*, in *Svensk Juristtidning* 867-876 (2008).

amministrativo ad operare non solo come agenti esecutivi, ma anche come organi quasi-giudiziari.¹⁵

L'idea che i giudici che siedono nelle corti supreme considerino sé stessi (e siano considerati dal mondo esterno) come un prolungamento della pubblica amministrazione, ha origini estremamente complesse e articolate. Tuttavia, è possibile delineare almeno tre ordini di motivi fondamentali (interconnessi e che si rafforzano reciprocamente), relativi a fattori di natura politica, legale e puramente amministrativa.

Come prima serie di ragioni, si può indicare la versione svedese o “socialdemocratica” dello stato sociale.¹⁶ L'obiettivo principale di questo modello politico consiste nel trasformare lo stato nella “casa del popolo” (in svedese, *folkhemmet*), vale a dire, nel mettere lo stato ed il suo apparato al servizio dei cittadini, che dovrebbero sentirsi “a casa” quando si tratta di interagire con le autorità pubbliche.¹⁷ Come passo fondamentale, questo modello richiede la costruzione di “una casa”, ovvero la creazione di un apparato pubblico estremamente articolato che, attraverso una profonda integrazione e coordinamento di tutte le sue componenti, possa realizzare l'uguaglianza sociale ed economica di tutti i cittadini. Il diritto ed i suoi attori sono ritenuti e utilizzati come parti essenziali di tale costruzione, ma sono considerati come aventi una natura “morbida”. Tale espressione significa semplicemente che all'interno del concetto svedese dello stato sociale, l'attuazione degli ideali di benessere nella società deve essere effettuata principalmente utilizzando strumenti normativi giuridici, ad esempio la legislazione fiscale.¹⁸ Tuttavia, al fine di essere utilizzati per implementare un tale valore non-giuridico (ovvero il modello economico-politico di welfare), gli strumenti, la cultura e gli attori giuridici devono necessariamente essere “ammorbiditi”. Il discorso giuridico ed i suoi attori principali devono essere disposti a vedere i loro principi e dogmi basilari modellati o piegati in tutti i casi in cui tali paradigmi giuridici vengano in conflitto con

¹⁵ In tal senso, si vedano H. Wenander, *Sweden: Deference to the Administration in Judicial Review. Paper presented at The XXth Congress of International Academy of Comparative Law, 2018, Fukuoka, Japan, 2017, 3-4*, disponibile a lup.lub.lu.se/search/ws/files/70151047/Wenander_Sweden_Deference_to_the_Administration_in_Judicial_Review.pdf (dove l'autore traccia una breve storia delle radici del cosiddetto modello svedese di amministrazione); e ad esempio SOU, *En uthållig demokrati! Politik för folkstyrelse på 2000-talet -Demokratiutredningens betänkande*, Stoccolma, 2000, 132, (dove la commissione parlamentare svedese evidenzia come caratteristica specifica del modello amministrativo svedese la funzione giudiziaria degli enti pubblici a carattere amministrativo).

¹⁶ In tal senso, si vedano G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, 1990, 27; E. Ferragina e M. Seeleib-Kaiser, *Welfare regime debate: past, present, futures*, in *Policy & Politics* 583-611 (2011); e A. Bergh, *The Universal Welfare State: Theory and the Case of Sweden*, in *Political Studies* 749-754 (2004).

¹⁷ In tal senso, si vedano E. Åsard e W. Lance Bennet, *Democracy and the Marketplace of Ideas. Communication and Government in Sweden and the United States*, Cambridge, 1997, 86 e 91-95.

¹⁸ In tal senso, si vedano V. Aubert, *The Rule of Law and the Promotional Function of Law*, in G. Teubner (Ed), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlino, 1986, 32-39; J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, 1998, 405-407; e H. V. Dean, *The Juridification of Welfare: Strategies of Discipline and Resistance*, in A. Kjonstad e J. Wilson (Eds), *Law, Power and Poverty*, Bergen, 1997, 3-27.

principi di natura non-giuridica, come indicati dagli attori politici attraverso la legislazione e come attuati dai funzionari amministrativi.¹⁹ Ad esempio, come visto in precedenza, i giudici della Corte Suprema Amministrativa svedese devono essere pronti a vedere il loro dogma di legalità in materia fiscale “sacrificato” sull’altare degli ideali politici e sociali di redistribuzione attraverso la tassazione, come interpretati e attuati dall’Agenzia delle Entrate svedese nel tentativo di scoprire tutti i redditi nascosti in complessi schemi fiscali.²⁰

L’incorporazione degli organi giudiziari all’interno di un sistema fortemente integrato per promuovere l’attuazione di valori sociopolitici è stata anche consolidata da una delle cause (o uno degli effetti) del successo in Svezia di un modello di welfare state così fortemente integrato. Il modello svedese è radicato in (o, secondo altre interpretazioni, ha creato) un paesaggio con un livello relativamente basso di conflitti politici, sociali ed economici. A sua volta, tale ambiente si basa sull’idea (e, almeno fino a poco tempo fa, anche sulla realtà) che la maggior parte dei principali attori pubblici e privati sia concorde sui valori fondamentali da attuare attraverso questo sistema politico e le sue leggi.²¹ È facile capire come, a differenza di altri sistemi con maggiori tensioni, in questo paesaggio di valori omogenei sparisce la necessità di avere un’alta corte che operi come un soggetto terzo, cioè come un “esplicatore della legge” locato in una posizione indipendente fra una moltitudine di interpretazioni e implementazioni potenzialmente contrastanti e divergenti.²²

Per quanto riguarda la seconda serie di motivi per cui le corti supreme svedesi operano come funzionari amministrativi anziché come organi giudiziari indipendenti, questi sono collegati all’architettura e al discorso costituzionale svedese, che a loro volta sono il risultato di uno stato sociale con componenti legislative, amministrative e giudiziarie fortemente integrate. Partendo dall’architettura costituzionale svedese, una delle sue componenti principali è, a differenza della maggior parte dei paesi facenti parte delle cosiddette democrazie in stile occidentale, il rifiuto del principio di divisione dei poteri, avendo invece la Svezia adottato il principio della divisione delle funzioni. Tradizionalmente, gli attori giuridici hanno assunto una posizione interpretativa piuttosto rigida per quanto riguarda il primo articolo di una delle carte costituzionali svedesi (lo Strumento di Governo, 1974, articolo 1: “*Tutto il potere pubblico in Svezia deriva dal*

¹⁹ In tal senso, si vedano A. Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stoccolma, 1995, 46-47; e D. Bjerstedt, *Tryggheten inför rätten*, Lund, 2009, 40-42; e ad esempio K. Uggerud, *Uønskede menneskerettigheter? Om statens muligheter til og strategier for å unngå eller svekke menneskerettigheter på områder der staten har sterke særinteresser*, in *Retfærd* 21-45 (2000).

²⁰ In tal senso, si veda ad esempio J. W. F. Sundberg, *High-tax imperialism*, 2ª ed., Stoccolma, 2000.

²¹ In tal senso, si vedano B. Rothstein e L. Trägårdh, *The State and Civil Society in a Historical Perspective: The Swedish Case*, in L. Trägårdh (Eds), *State and Civil Society in Northern Europe: The Swedish Model Reconsidered*, New York, 2007, 235; e F. Lagergren, *På andra sidan av välfärdsstaten – en studie politiska idéers betydelse*, Stoccolma, 1999, 181.

²² In tal senso, si vedano J. Lindvall e B. Rothstein, *Sweden: the Fall of the Strong State*, in *Scandinavian Political Studies* 49-50 (2006).

popolo ... È realizzato attraverso una forma di governo rappresentativa e parlamentare e attraverso l'autogoverno locale.”). Di conseguenza, il Parlamento (vale a dire il principale attore legislativo) è considerato l'unico vero potere (essendo l'unico che rappresenti “il popolo”) che, a sua volta, delega le altre due funzioni (giudiziaria ed esecutiva) alle corti ed agli enti pubblici a carattere amministrativo.²³

È quindi naturale che le corti, operanti in questo tipo di architettura costituzionale, non percepiscano sé stessi (e non siano percepiti dagli altri attori giuridici) come un potere autonomo (il cui obiettivo sia valutare se gli attori pubblici e privati operino in conformità con il diritto). Invece, le corti, compresi le corti supreme, si considerano come organi ausiliari, che servono a rivedere le azioni di attori pubblici e privati affinché si adattino alla volontà del più alto (e unico) potere, ovvero il Parlamento. In altre parole, a causa della confutazione del principio della separazione dei poteri, i giudici, compresi quelli che siedono negli scranni più elevati, tendono a operare non come soggetti terzi, ma come parte degli organi esecutivi. I giudici diventano quindi funzionari amministrativi miranti a soddisfare, per quanto possibile, la volontà del popolo come espressa dall'unico potere, ovvero quello legislativo.²⁴

Come altro fattore che contribuisce a far sì che i giudici delle corti supreme si considerino funzionari amministrativi piuttosto che “veri” giudici, si deve aggiungere una caratteristica del sistema svedese che influisce direttamente sul discorso costituzionale nazionale: la mancanza di una corte costituzionale vera e propria e una procedura di costituzionalità delle leggi ordinarie alquanto debole. Come hanno dimostrato diversi studi comparativi e storici, la presenza di una forte corte costituzionale produce di solito onde strutturali nell'intero sistema legale che rafforzano gli organi giudiziari.²⁵ In particolare, una corte costituzionale accresce la legittimità di un controllo “giudiziario” generalizzato del lavoro politico, vale a dire, un senso condiviso da tutti i giudici (anche a livelli inferiori) che uno dei loro compiti principali sia il controllo, come attori esterni, affinché gli attori privati e, cosa ancor più importante, pubblici operino in conformità con il diritto.²⁶ Lasciando da parte le ragioni storiche e istituzionali di tali “carenze” nel paese scandinavo, la mancanza di un'adeguata corte costituzionale (con la sua forza autolegittimante per l'intero corpo giudiziario come custode del diritto) ha portato nel discorso giuridico svedese ad una svalutazione del ruolo costituzionale delle corti supreme nel settore del diritto pubblico (ad esempio, nella loro attenzione alla protezione dei diritti intangibili individuali) a favore della loro funzione

²³ In tal senso, si vedano H. Strömberg e B. Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 26^a ed., Stoccolma, 2014, 95; e J. Nergelius, *Constitutional Law in Sweden*, Alphen aan den Rijn, 2011, 15.

²⁴ In tal senso, si vedano M. Sjöberg, *Den långa vägen till en generell regel om domstolsprövning av förvaltningsbeslut*, in G. Regner, M. Eliason e H.-H. Vogel (Eds), *Festschrift till Hans Ragnemalm*, Lund, 2005, 302; e T. Bull e F. Sterzel, *Regeringsformen: en kommentar*, 3^a ed., Stoccolma, 2015, 259 e 275-278.

²⁵ In tal senso, si veda Sweet, *Governing with Judges*, *supra* a 116-124.

²⁶ In tal senso, si veda Sweet, *Governing with Judges*, *supra* a 114-115.

amministrativa (ad esempio, concentrandosi principalmente sulla ricerca della “vera” intenzione del legislatore di fronte a questioni legislative poco chiare).²⁷

Per quanto riguarda il terzo motivo dietro la percezione delle corti supreme svedesi come parte integrante della pubblica amministrazione, questo ha un carattere puramente amministrativo, cioè, si basa sullo specifico sistema di carriera che un giudice deve seguire per divenire un candidato a tali corti. La diffusa e consolidata politica di reclutamento è che un giudice che voglia concorrere per una posizione in una corte suprema abbia maggiori possibilità nel caso in cui possa mostrare un’esperienza lavorativa di alcuni anni all’interno del Ministero di Giustizia (in svedese, *Justitiedepartementet*) o (in minor misura) negli Uffici Governativi (in svedese, *Regeringskansliet*).²⁸ Questo requisito è di solito giustificato con l’idea che, nel trascorrere alcuni anni all’interno del Ministero di Giustizia, il candidato alla corte suprema avrà avuto la possibilità di acquisire una conoscenza più approfondita di tutti gli aspetti della legislazione, non solo la sua interpretazione, ma anche la sua creazione (dal momento che è di solito il Ministero di Giustizia il luogo all’interno dell’apparato statale in cui vengono redatti gli atti legislativi) e la sua attuazione (poiché il Ministero fa parte della struttura esecutiva dello stato).²⁹

Tale ragionamento potrebbe anche essere corretto, ma questo prerequisito di aver prestato servizio per alcuni anni tra i funzionari amministrativi lascia evidenti tracce nel modo in cui i futuri giudici della corte suprema vedono sé stessi e la loro posizione sulla mappa dell’apparato statale. Un giudice entra nella corte suprema con forti legami con l’apparato amministrativo. In primo luogo, lei o lui durante il suo tempo presso il Ministero di Giustizia ha sviluppato reti professionali e personali sia all’interno di quella struttura che negli altri settori che costituiscono il nucleo dell’amministrazione statale. Ancora più importante, il futuro giudice della corte suprema è di solito pesantemente influenzato dalla cultura amministrativa che permea i suoi anni di lavoro all’interno della pubblica amministrazione. Lei o lui tendono ad avere la prospettiva del funzionario amministrativo, piuttosto che quella giudiziaria, quando si avvicinano questioni giuridiche: lei o lui cercano di trovare la soluzione che attui nel migliore dei modi la volontà del legislatore piuttosto che, nelle parole di H.L.A. Hart, risolva tali questioni “dalla prospettiva interna al sistema giuridico”.³⁰

²⁷ In tal senso, si vedano A. Lagerqvist Veloz Roca, *Utvecklingslinjer inom svensk offentlig rätt under de senaste hundra åren*, in K. Källström e J. Öberg (Eds), *Juridisk Tidskrift – Jubileumshäfte*, Stoccolma, 2007, 49-50; K. Tuori, *Vilken vikt bör i rättstillämpningen läggas vid lagstiftarens synpunkter och signaler i och utanför lagstiftningsärendet?*, *Det 39. nordiske juristmöte i Stockholm 2011*, 2011, 790, disponibile a <http://jura.ku.dk/njm/39/789-796-vilken-vikt-bor-i-rattstillampningen-korref-tuori-red.pdf/>; e W. Warnling-Nerep, *Till frågan om legalitet och retroaktivitet i svensk rätt*, in *Juridisk Tidskrift* 837-838 (2009).

²⁸ In tal senso, si vedano H. von Sydow, *Rättsstatens rötter – reformer av domarutnämningar*, Lund, 2007, 46-49 e 55-57; e K. Fast, *Regeringsrådets oberoende och roll*, Stoccolma, 2001.

²⁹ In tal senso, si veda B. Bengtsson, *Domare och lagstiftare i samverkan och konflikt*, in Å. Frändberg (Ed), *Festskrift till Stig Strömholm*, Vol. 1, Uppsala, 1997, 09.

³⁰ In tal senso, si vedano H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 55-56; e Guarnieri e Pederzoli, *The Power of Judges*, *supra* a 9-11 (circa le differenze fondamentali fra giudici e gli altri poteri dello stato, specialmente nella questione di vincoli procedurali).

Questa prassi nel processo di reclutamento per le corti supreme svedesi, una politica che avvicina i giudici alla mentalità dei funzionari amministrativi, è stata rafforzata da una procedura di reclutamento utilizzata sino alla riforma costituzionale del 2011 e che consentiva raramente ad un candidato esterno alla cultura amministrativa di raggiungere tali corti. Fino a quella data, i giudici per entrambi le corti supreme erano stati nominati dal governo, in una procedura chiusa e non competitiva e senza una preparazione formale da parte di un organo esterno. Lungi dall'essere un'intrusione del potere politico nel processo di reclutamento, la prassi costituzionale era che i giudici in carica delle corti supreme indicassero i loro futuri pari al governo, che quasi sempre accettava tali “suggerimenti”.³¹

Il concorso di questi tre motivi (sistema politico, struttura costituzionale e prassi amministrativa) ha fatto sì che i giudici che siedono nelle corti supreme svedesi tendano a considerarsi e ad agire come funzionari amministrativi piuttosto che come soggetti terzi nella valutazione delle questioni giuridiche che arrivino a tale istanza. Tuttavia, è necessario sottolineare che questo posizionamento tra i funzionari amministrativi, cioè tra gli attori con il compito primario di attuare la volontà politica come espressa nella legislazione, non rende le corti supreme svedesi maggiormente “politiche”.³²

Innanzitutto, almeno in un sistema democratico pienamente compiuto come quello svedese, il settore amministrativo tende da un punto di vista istituzionale ad essere indipendente dal governo: è composto principalmente da burocrati di carriera, che vengono assunti per meriti professionali piuttosto che essere nominati od eletti.³³ Inoltre, il loro mandato istituzionale supera di solito i frequenti cambiamenti di leadership politica e le loro carriere si basano sulle loro prestazioni professionali, vale a dire, sulla misurazione dei risultati secondo criteri interni all'apparato amministrativo (ad esempio, la loro efficienza) piuttosto che esterni (ad esempio, l'affiliazione politica).³⁴

In secondo luogo, la depoliticizzazione della funzione amministrativa svedese (ovvero la sua solida autonomia dal controllo dei partiti politici) è anche rafforzata da una caratteristica del sistema giuridico che distingue fortemente la relazione tra la funzione legislativa (sia del Parlamento che del governo) e le agenzie pubbliche (vale a dire, l'apparato amministrativo al di fuori dei

³¹ In tal senso, si veda von Sydow, *Rättsstatens rötter*, *supra* a 10-14.

³² In tal senso, si veda F. Sterzel, *Författning i utveckling: konstitutionella studier*, Uppsala, 1998, 47-50.

³³ In tal senso, si veda J. Reichel, *Svenska myndigheter som EU-myndigheter*, in K. Källström e J. Öberg (Eds), *Juridisk Tidskrift – Jubileumshäfte*, *supra* at 104-105 (circa il modello dualista svedese, ove esiste una divisione sia organizzativa che di responsabilità fra governo ed amministrazione).

³⁴ In tal senso, si veda B. M. Jones, *Sweden*, in J. Kingdom (Ed), *The Civil Service in Liberal Democracies: An Introductory Survey*, Oxon, 1990, 153. Ma si vedano anche C. Dahlström e A. Sundell, *Budgetary Effects of Political Appointments, Paper presented at 7th ECPR General Conference, Bordeaux, France, September 4-7, 2013*, 2013, 10-11, disponibile a <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/fcd89d7b-851d-4e0c-a076-e66300e98f72.pdf> (ove l'amministrazione svedese viene considerata come parzialmente autonoma dalle influenze strutturali del sistema politico).

dipartimenti). La carta costituzionale svedese dello *Strumento di Governo* afferma chiaramente il divieto di “guida ministeriale” (in svedese, *ministerstyre*) sugli enti amministrativi nell’esecuzione del loro compito principale, ovvero l’attuazione della legge.³⁵ Per varie ragioni storiche, politiche e strutturali (che non possono essere discusse qui), questo divieto è fermamente rispettato sia dai (spesso riluttanti) politici, che dagli enti pubblici a carattere amministrativo che, infine, dai tribunali amministrativi.³⁶

In Svezia l’influenza politica sull’amministrazione pubblica in generale è quindi piuttosto limitata, rendendo (in pratica) tale paese un sistema a due poteri, in cui le pratiche amministrative tendono ad avere uno status quasi-legislativo in molte aree del diritto pubblico e privato, dal controllo dei mercati finanziari alle questioni di welfare. Di conseguenza, il posizionamento delle corti supreme come molto vicine (se non all’interno) dell’area degli enti amministrativi non implica la “politicizzazione” del loro lavoro e della loro cultura, ma piuttosto il loro essere considerate una componente all’interno dell’assai indipendente e potente amministrazione pubblica svedese.

4. Le cose stanno (forse) cambiando

2648

Come appare ora, il panorama svedese è quindi piuttosto chiaro: i giudici che siedono nelle corti supreme tendono a percepire sé stessi, e ad essere identificati dagli altri attori, come funzionari amministrativi e ad operare in quanto tali (cioè, mirando a trovare il modo migliore per attuare il vero significato dell’intenzione del legislatore), piuttosto che come “veri giudici” (vale a dire, concentrandosi sulla valutazione della legge applicabile a una controversia giuridica). Tuttavia, negli ultimi anni, segnali piccoli ma importanti (e che si rafforzano a vicenda) indicano che questo posizionamento all’interno della pubblica amministrazione potrebbe cambiare, e che le corti supreme potrebbero avvicinarsi invece ad un ruolo maggiormente giudiziario, vale a dire ad operare come soggetto terzo nelle dispute tra attori pubblici e privati.

Innanzitutto, negli ultimi anni le attività delle corti supreme (in particolare, ma non esclusivamente, della Corte Suprema ordinaria) sono state caratterizzate da una propensione piuttosto marcata all’attivismo giudiziario, cioè una situazione in cui “le corti impongono una soluzione giudiziaria su una questione che dovrebbe in realtà essere oggetto di una risoluzione politica”, ad esempio disattivando in

³⁵ In tal senso, si veda *Strumento di Governo, Capitolo 12, Art. 2*: “Nessuna autorità pubblica, compreso il Parlamento, può determinare come un’autorità amministrativa possa decidere in un caso relativo all’esercizio di poteri pubblici nei confronti di una persona o di un’autorità locale o in relazione all’applicazione della legge”; e anche *Strumento di Governo, Capitolo 7, Art. 3* e *Capitolo 12, Art. 1*.

³⁶ In tal senso, si veda A. Jonsson, *Förvaltningens självständighet och förbudet mot ministerstyre: en analys av konstitutionsutskottets betänkanden från 2000 till 2005*, in L. Marcusson (Ed), *God förvaltning -ideal och praktik*, Uppsala, 2006, 174-177.

pratica una legislazione emanata correttamente.³⁷ È quindi facile capire come questa nuova apertura da parte delle corti supreme le stia spostando in maniera più accentuata verso un ruolo da terza forza nel panorama costituzionale. Diventando attivisti, i giudici che siedono nelle corti superiori sono guidati dall’idea che il loro ruolo principale non sia quello di trovare la vera intenzione degli organismi legislativi né quello di riesaminare il lavoro svolto dagli enti pubblici a carattere amministrativo. Le corti supreme, invece, mirano ad operare direttamente come guardiani del sistema giuridico, nel quadro generale del diritto vigente. In altre parole, con l’attivismo giudiziario i giudici si posizionano come un soggetto terzo in cerca di soluzioni a questioni giuridiche fondamentali, che non siano state contemplate dagli organi legislativi e/o la cui regolamentazione all’interno delle pratiche amministrative possa essere considerata come inesistente o (da una prospettiva giuridica generale) insoddisfacente.³⁸

In secondo luogo, l’entrata della Svezia nell’Unione Europea (nel 1995) e il ruolo svolto dalle corti europee hanno notevolmente incrementato il processo di “indurimento” del diritto nel paese scandinavo, cioè il procedimento che rendere le norme giuridiche più difficili da plasmare a seconda dei valori non-giuridici (ad esempio politici o finanziari) che tali norme siano destinate ad attuare nella società. In particolare, l’appartenenza all’ordinamento giuridico europeo ha evidenziato nel discorso giuridico svedese la natura inalienabile e assoluta di alcuni diritti individuali e il corrispondente obbligo incondizionato di operare a loro protezione (o di non interferire nella loro attuazione) da parte dei soggetti pubblici, in primis (ma non solo) da parte dell’apparato amministrativo.³⁹ Questa influenza ha contribuito a una crescita più generale negli ambienti giuridici, politici e sociali svedesi di una “cultura dei diritti soggettivi”, dove tali diritti sono ora visti in un senso più anglo-americano. I diritti soggettivi sono pertanto considerati come qualità giuridiche assegnate ai singoli e che devono essere protette soprattutto da parte del potere giudiziario, indipendentemente da ciò che le disposizioni legislative nazionali prescrivano o da che cosa indichino le pratiche amministrative.⁴⁰ In questa situazione, e parallelamente al ruolo che il potere

³⁷ D. L. Anderson, *When Restraint Requires Activism: Partisan Gerrymandering and the Status Quo Ante*, in *Stanford Law Review* 1570 (1990). In tal senso, si veda anche F. Werksäll, *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*, in *Svensk Juristtidning* 1 (2014).

³⁸ In tal senso, si veda ad esempio J. Kleineman, *Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism*, in *Juridisk Tidskrift* 526-527 (2015).

³⁹ In tal senso, si vedano T. Bull, *Rättighetsskyddet i Högsta förvaltningsdomstolen*, in *Svensk Juristtidning* 216-244 (2017); U. Bernitz, *Europarättens genomslag i svensk rätt - var står vi idag?*, in *Juridisk Tidskrift* 480 (2010); e J. Hirschfeldt, *Domstolarna som statsmakt - några utvecklingslinjer*, in *Juridisk Tidskrift* 19 (2011); W. Warnling-Nerep, *Juridiska personer som bärare av mänskliga rättigheter: Ett möte mellan näringsrätt och förvaltningsrätt*, in *Juridisk Publikation* 85-89 (2010); T. Risse, M. Green Cowles e J. Caporaso, *Europeanization and Domestic Change: Introduction*, in M. Green Cowles, J. Caporaso e T. Risse (Eds.), *Transforming Europe: Europeanization and Domestic Change*, Ithaca, 2001, 3 (dove l’europeizzazione viene definita come “il processo di influenza derivante dalle decisioni prese in sede europea e aventi un impatto sulle politiche e le strutture amministrative dei paesi membri”).

⁴⁰ In tal senso, si vedano B. Rothstein, *Välfärdsstat, förvaltning och legitimitet*, in B. Rothstein (Ed.), *Politik som organisation*, Stoccolma, 2010, 57; R. H. Pildes, *Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism*, in *Journal of Legal Studies* 727 (1998);

giudiziario ha nelle realtà anglo-americane, alle corti supreme è imposto più che mai il compito di operare come un organo giudiziario veramente indipendente, al fine di garantire l'attuazione di tali diritti, in particolare in relazione alle azioni delle altre autorità pubbliche. Vale la pena ricordare che questa cultura dei diritti ha iniziato a fare capolino non solo nella Corte Suprema Amministrativa, ma anche nella Corte Suprema ordinaria in aree tradizionalmente non connesse dall'idea di diritti soggettivi, almeno nel discorso giuridico svedese, ad esempio, in materia di diritto commerciale o di diritto contrattuale.⁴¹

Si può osservare anche un terzo segnale, di natura più politica e parzialmente derivante dall'appartenenza all'Unione Europea, che spinge le corti supreme svedesi in posizioni più vicine a un ruolo "giudiziario" nell'architettura costituzionale. Come molti altri paesi nell'Europa occidentale, la Svezia viene sempre più considerata come avviata su un percorso che la porta a divenire un sistema post-welfare.⁴² Lasciando da parte una discussione approfondita su quello che possa caratterizzare tale sistema, è tuttavia necessario richiamare l'attenzione sul fatto che la società post-welfare ha come uno dei suoi dogmi centrali un'idea forte dello stato di diritto (o "rule of law").⁴³ Ciò implica un allontanamento dal modello tradizionale svedese dello stato sociale e dalla sua idea di base che gli attori giuridici (e in particolare gli organi giudiziari) dovrebbero considerare e utilizzare il diritto (in primis quello legislativo) come strutturalmente morbido nei confronti dei valori espressi dall'ambiente politico (e implementati dall'apparato amministrativo). In un sistema post-welfare, al contrario, i discorsi politici, sociali ed economici sono percepiti dai giudici come generalmente soccombenti in caso di conflitto con i principi giuridici fondamentali, sia quelli esplicitamente rintracciabili nelle carte costituzionali che quelli ricavati dal sistema giuridico nel suo complesso. In altre parole, nel sistema post-welfare si suppone che valori non-giuridici si fermino e cedano il passo a principi giuridici generali quali la certezza del diritto o l'uguaglianza di fronte alla legge, ma anche quando incontrino principi giuridici di natura privata, come "buona fede" o "uguaglianza tra parti

M. A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, 1993, 13; e R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londra, 1997, 90-94.

⁴¹ In tal senso, si veda ad esempio M. Schultz, *Rights Through Torts: The Rise of a Rights Discourse in Swedish Tort Law*, in *European Review of Private Law* 305-333 (2009).

⁴² In tal senso, si vedano S. E. Olsson Hort, *Sweden: Towards a 21st Century Post-Modern People's Home*, in P. Koslowski e A. Føllesdal (Eds), *Restructuring the Welfare State: Theory and Reform of Social Policy*, Berlino, 1997, 332-336; C. Agius, *Sweden's 2006 Parliamentary Election and after: Contesting or Consolidating the Swedish Model?*, in *Parliamentary Affairs* 594-596 (2007); e J. Reichel, *Den svenska förvaltningsmodellen i det europeiska samarbetsprojektet*, in I. Mattson e E. Sjögren (Ed), *Statsförvaltningen efter 20 år i EU*, Stoccolma, 2016, 57-82, disponibile a http://www.statskontoret.se/globalassets/publikationer/2016/om-offentlig-sektor-28_statsforvaltning-eu.pdf (circa l'entrata della Svezia nell'Unione Europea e di come essa abbia cambiato radicalmente le modalità di uso e considerazione del diritto all'interno dell'amministrazione svedese in una direzione post-welfare).

⁴³ In tal senso, si vedano T. Wilhelmsson, *Contract and Equality*, in *Scandinavian Studies in Law* 153 (2000); e G. Skapska, *Facing Past Human Rights Abuse: A Way from a Liquid to a Solid Society*, in J. Prihan (Ed), *Liquid Society and Its Law*, Aldershot, 2007, 115-129.

contraenti”.⁴⁴ Di conseguenza, nei sistemi post-welfare i giudici operano come un vero soggetto terzo nelle questioni giuridiche: il loro obiettivo principale è quello di valutare le dispute giuridiche non in relazione alla politica o alle pratiche amministrative, ma piuttosto in relazione ai sistemi di regole e principi fondamentali che costituiscono il sistema giuridico.⁴⁵

Per quanto riguarda la quarta componente indicante uno spostamento delle corti supreme svedesi verso un ruolo maggiormente giudiziario, questa si riferisce ai cambiamenti che hanno avuto luogo con la riforma costituzionale del 2011. Tra le molte innovazioni, la riforma ha introdotto una nuova procedura di reclutamento anche dei giudici ai livelli più alti nel sistema giudiziario.⁴⁶ In particolare, il processo è divenuto concorrenziale (vale a dire, viene diffuso pubblicamente un bando per le posizioni vacanti alla cui assegnazione può concorrere chiunque) ed è sotto la competenza di un'autorità indipendente, vale a dire il Consiglio Giudiziario (in svedese, *Domarnämnden*), dove 5 dei 9 membri sono (o sono stati) giudici ordinari. Questa commissione riceve proposte dalle corti supreme circa la graduatoria dei partecipanti, ma tali suggerimenti non sono assolutamente vincolante (come è stato dimostrato più volte nel corso di questi anni); al contrario, le indicazioni al Governo da parte del Consiglio Giudiziario su quali candidati siano da considerarsi come maggiormente competenti, sebbene non vincolanti, hanno un notevole peso, sia informale che formale (richiedente, ad esempio, che il Governo debba consultare nuovamente il Consiglio nel caso in cui stia considerando di nominare qualcuno non indicato da tale commissione).

Questo sistema ha portato con sé due novità, entrambe rafforzanti l'idea delle corti supreme come organi giudiziari propri ed indipendenti. Innanzitutto, la riforma dell'intera procedura di assegnazione ha mandato un chiaro segnale, immediatamente percepito dai giudici (sia all'interno che all'esterno delle corti superiori), che è stata rafforzata l'indipendenza istituzionale delle corti supreme svedesi all'interno dell'architettura costituzionale (in particolare in relazione ai partiti politici).⁴⁷ In secondo luogo, poiché il nuovo sistema si basa su una competizione aperta, esso ha incoraggiato fin dal primo giorno la partecipazione di candidati operanti al di fuori del modello tradizionale di “giudice formato nel Ministero di Giustizia”. In particolare, negli ultimi anni un numero relativamente alto di candidati provenienti dal settore privato (ad esempio, avvocati di grandi studi legali) o dal mondo accademico (ad esempio, professori di diritto penale o di

⁴⁴ In tal senso, si vedano Å. Frändberg, *The Law-State. An Essay in General Jurisprudence*, 1993 (manoscritto); Å. Frändberg, *Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära*, Stoccolma, 2005, 251-263; e J. E. Fleming, *Getting to the Rule of Law*, New York, 2011, 96.

⁴⁵ In tal senso, si vedano ad esempio A. Hultqvist, *Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen*, Stoccolma, 1995, 3-7; C. Carlson, *Rätten att inte lämna ut uppgifter vid beslut om tredjemansrevision*, in *Juridisk Tidskrift* 418-420 (2012-2013); e R. Pålsson, *Likhet inför skattelag – likhetsprincipen och konstruktionen av jämförbarhet i skatterätten*, Uppsala, 2007, cap. 3.

⁴⁶ In tal senso, si veda *Strumento di Governo, Capitolo 11, Art. 6 e Legge (2010:1390) circa la nomina dei giudici ordinari*.

⁴⁷ In tal senso, si veda SOU, *En reformerad grundlag 2008:125*, Stoccolma, 2008, 319-323.

diritto costituzionale) hanno partecipato con successo a tali concorsi.⁴⁸ Di conseguenza, questa nuova procedura pubblica di reclutamento ha portato nelle corti supreme svedesi giuristi di spicco le cui culture professionali (e reti) sono piuttosto lontane dal mondo dei funzionari amministrativi.

Infine, vi è un'indicazione di carattere più generale e sociale di come il posizionamento delle corti supreme in Svezia forse possa in un prossimo futuro avvicinarsi all'ideale di essere degli organi giudiziari *tout court*. Le atmosfere politiche, sociali e economiche nel paese scandinavo sono cambiate notevolmente nell'ultimo decennio, divenendo maggiormente conflittuali. La frammentazione della comunità (o, più precisamente, l'affiorare di pezzi di comunità precedentemente tenuti nascosti in maniera forzata) ha costretto il mondo giuridico svedese ad un riposizionamento.⁴⁹ Oggi, l'arena giuridica si trova nel mezzo di una pluralità di sistemi di valori, che spesso si trovano in concorrenza (se non in conflitto) l'uno contro l'altro nel tentativo di ottenere il riconoscimento delle loro istanze in campo giuridico. Un caso classico di tale situazione è il dibattito tra sostenitori e critici del finanziamento pubblico delle scuole religiose private.⁵⁰ Come effetto immediato, il bisogno di giudici che operino come veri "soggetti terzi" al vertice del corpo giudiziario è sentito ancora più forte. In un tale clima di conflitti di sistemi di valore, le corti supreme devono spesso posizionarsi al di fuori dei vari sistemi politici, economici, culturali, sociali e amministrativi al fine di decidere quale sistema di valori debba essere difeso, una decisione basata esclusivamente sul diritto vigente (e non, ad esempio, sull'intenzione spesso confusa degli organi legislativi o delle pratiche spesso contraddittorie sviluppate dai vari enti pubblici a carattere amministrativo). Come recentemente sottolineato in un editoriale congiunto dei presidenti sia della Corte Suprema Amministrativa che della Corte Suprema ordinaria svedesi, il mondo giuridico non è solo al centro di questa battaglia senza fine tra diversi sistemi di valori.⁵¹ Ancora più importante, il diritto positivo svedese è considerato e utilizzato dalle corti supreme come punto

⁴⁸ Ad esempio, per quanto riguarda il 1° aprile 2019, 6 degli attuali 16 membri della Corte suprema ordinaria hanno avuto una carriera professionale (in larga misura) al di fuori della pubblica amministrazione (sia in studi legali che nel mondo accademico). In tal senso, si veda <http://www.hogstادمstolen.se/Justitierad/>. Il tribunale amministrativo supremo presenta la stessa esatta distribuzione tra i giudici con una carriera principalmente non-amministrativa e giudici con un background professionale amministrativo. In tal senso, si veda <http://www.hogstادforvaltningsdomstolen.se/Justitierad/>.

⁴⁹ In tal senso, si vedano L. Wennberg e A. Pyllkänen, *Intersektionalitet i rätten -en metod för att synliggöra det osynliggjorda*, in *Retfærd* 12-28 (2012); Lindvall e Rothstein, *Sveden, supra* at 55-56; e B. Wennström, *EU-rätt, osäkerhet och rättens nya landskap*, in *Juridisk Tidskrift* 447-448 (2009-2010).

⁵⁰ In tal senso, si vedano ad esempio H. Bernitz, *En icke-konfessionell skola -Ett förbud mot ensidig påverkan och indoktrinering*, in *Juridisk Tidskrift* 566-579 (2017); e H. I. Roth, *Är religion en mänsklig rättighet?*, Stoccolma, 2012, 177-213. In tal senso, si veda anche M. Weber, *Politics as Vocation*, in M. Weber, *From Max Weber: Essays in Sociology*, Abingdon, 2009, 95 (circa il ruolo centrale che il discorso giuridico ha "nell'esprimere" i vari sistemi di valore).

⁵¹ In tal senso, si veda M. Melin e S. Lindskog, *Domstolarnas oberoende behöver stärkas*, in *Svensk Juristtidning* 245-251 (2017); e una simile posizione espressa da vari esponenti del mondo politico, <http://www.dagensjuridik.se/2018/11/sverige-ar-inte-immunt-har-ar-fyra-punkter-att-oka-domstolarnas-oberoende>.

di collegamento fra tali sistemi con il ruolo decisivo di offrire (almeno nelle sue intenzioni) criteri “oggettivi” per determinare quale sistema di valori debba prevalere ed avere una rilevanza legale.⁵²

Nonostante le sopraccitate numerose indicazioni circa un possibile spostamento delle corti supreme dalla cultura della pubblica amministrazione in quella “realmente” giudiziaria, non si dovrebbe sopravvalutare la vera forza di tali segnali. Se, da una parte, tutti questi suggerimenti potrebbero indicare una possibile evoluzione nel posizionamento istituzionale e culturale delle corti supreme svedesi, la realtà, d'altra parte, mostra come questi massimi organi giudiziari abbiano ancora un piede e mezzo nel mondo della pubblica amministrazione. In generale, come sottolineato da molti studiosi, nel mondo occidentale il discorso giuridico e i suoi attori sono caratterizzati da un'inerzia strutturale: la cultura giuridica di solito presenta un certo grado di rigidità verso l'innovazione e il riposizionamento degli attori sulla mappa del diritto.⁵³

Più specificamente, per quanto riguarda il caso della Svezia, sono ancora piuttosto forti due dei fattori che hanno tradizionalmente spinto le corti supreme verso il polo amministrativo. In primo luogo, la separazione delle funzioni (anziché la separazione dei poteri) è ancora un dogma all'interno del discorso costituzionale svedese e non ci sono indicazioni che tale assioma possa svanire nel prossimo futuro (a meno di inaspettate, e non pianificate, riforme radicali delle carte costituzionali).⁵⁴ In secondo luogo, nonostante il tentativo (attraverso la riforma costituzionale del 2011) di allargare il reclutamento dei giudici della corti supreme a settori del mondo giuridico diversi da quelli dei tradizionali giudici di carriera, si può osservare che la maggior parte dei giudici nelle corti supreme proviene tuttora dalle fila dei giudici professionisti.⁵⁵ Inoltre, rimane ostinatamente come uno dei criteri selettivi fondamentali la politica di reclutamento che predilige coloro che abbiano avuto periodi di esperienza lavorativa all'interno del Ministero di Giustizia.

⁵² Come affermato chiaramente da molti autori socio-giuridici, il diritto moderno rimane un indicatore cruciale della capacità della società di mantenere l'integrazione sociale e preservare la coesistenza pacifica di una pluralità di sistemi di valore. In tal senso, si veda ad esempio M. Deflem, *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge, 2008, 224; oppure M. Hertog, *Rescuing Living Law from Jurisprudence*, in *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought* 150 (2012). Ma si veda anche B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, 2^a ed., Londra, 2002, 420.

⁵³ In tal senso, si vedano E. A. Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*, Dordrecht, 1998, 212-224 (in particolare circa la distinzione fra inerzia e inerzia strutturale); R. A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, 2004, 153-158; e A. Marciano e E. L. Khalil, *Optimization, path dependence and the law: can judges promote efficiency?*, in *International Review of Law and Economics* 72-82 (2012).

⁵⁴ In tal senso, si veda ad esempio T. Otter Johansson, *Regeringens styrning av förvaltningsmyndigheterna efter den 1 januari 2011*, in *Svensk Juristtidning* 834 (2012). Ma si veda anche J. Nergelius, *Grundlagsmodeller och Maktodelning*, in E. Amnå (Ed), *Maktodelning*, Stoccolma, 1999, 122-124 (dove l'autore esprime una posizione più ottimistica circa un futuro spostamento della Svezia verso un sistema di divisione dei poteri).

⁵⁵ In tal senso, si vedano E. Exelin, *Domstolarnas oberoende och självständighet*, 2014, 190, disponibile a http://www.rattsfonden.se/pdf/domarens_oberoende_2014.pdf; e B. C. Smith, *Judges and Democratization: Judicial Independence in New Democracies*, Londra, 2017, 1.

5. Conclusioni

Per concludere questo breve lavoro circa il posizionamento delle corti supreme svedesi all'interno del panorama amministrativo, si potrebbe facilmente affermare (come spesso accade quando si tratta di questo paese scandinavo) che la particolare storia della Svezia e la sua locazione piuttosto isolata permettono questo tipo di eccezioni. Inoltre, la stessa voce critica potrebbe anche aggiungere che il caso svedese, a causa dello specifico contesto storico e istituzionale in cui si è sviluppato, non offre un grande contributo al discorso europeo e globale sul ruolo delle corti supreme in relazione agli altri poteri. Queste critiche sono certamente corrette, ma c'è almeno una considerazione circa la situazione svedese che può avere un carattere generale e che può essere utilizzata per trarre conclusioni applicabili alla maggior parte dei sistemi giuridici occidentali. Quando si affrontano le situazioni critiche in molti paesi europei (ad esempio, Russia, Polonia o Ungheria), spesso viene lanciato un allarme: le riforme volte a trasformare i giudici delle corti superiori in funzionari amministrativi “di per sé” mettono in pericolo uno dei componenti giuridici essenziali di una forma di stato democratica.⁵⁶

Mentre questa critica può essere corretta per tali realtà, si dovrebbe anche sottolineare che la sua validità non è dovuta ad una connessione ontologica tra la democrazia come forma politica di organizzazione e una cultura pienamente giudiziaria nelle corti superiori (ovvero il posizionamento come soggetto terzo anche nei confronti dell'apparato amministrativo). Il caso svedese mostra come sia possibile avere una democrazia compiuta anche con corti supreme che non siano provviste di giudici “purosangue” e invece abbiano giudici operanti come funzionari amministrativi. In altre parole, questa stranezza scandinava suggerisce che possa esistere un divario ontologico tra la forma di stato democratica e una delle componenti dell'architettura istituzionale giuridica che tradizionalmente è collegata a questo sistema politico, vale a dire una corte suprema pienamente posizionata all'esterno degli enti pubblici con compiti amministrativi. Le valutazioni critiche delle recenti tendenze all'interno di alcuni paesi europei dovrebbero quindi essere valutate ponendo la relazione di dipendenza tra le corti e l'apparato amministrativo all'interno di un contesto più ampio: una cultura di dipendenza della pubblica amministrazione in generale verso i poteri legislativi. In altre parole, nonostante la globalizzazione del diritto, dei suoi modelli istituzionali e del discorso giuridico, come evidenziato da molti studiosi, le circostanze storiche

⁵⁶ In tal senso, si vedano ad esempio International Federation for Human Rights, *Hungary: Democracy under Threat -Six Years of Attacks against the Rule of Law*, 2016, disponibile a www.refworld.org/docid/5825f72a4.html, 15-21; e Hungarian Helsinki Committee, *Most Pressing Issues of the Hungarian Law on Administrative Courts and Relevant International Standards -For the Venice Commission regarding its visit to Budapest on 4-5 February 2019*, 2019, disponibile a https://www.helsinki.hu/wpcontent/uploads/HHC_VC_Prep_doc_4_5_Febr_2019-FINAL.pdf; e D. P. Kommers, *Autonomy versus Accountability: The German Judiciary*, in P. H. Russell e D. M. O'Brien (Eds), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World*, Charlottesville, 2001, 137 (indicando il posizionamento delle corti al di fuori della funzione pubblica come un passo fondamentale nel processo di democratizzazione della Germania).

e politiche “locali” continuano a svolgere un ruolo rilevante al fine di avere una migliore e più completa comprensione di un determinato sistema costituzionale.⁵⁷ Il rischio di perdere il carattere democratico di un certo sistema una volta che le corti supreme siano incorporate nel potere esecutivo può essere reale in casi come la Russia o l’Ungheria. Queste sono realtà in cui, a causa dei contesti storici e istituzionali, i politici tendono ad avere un controllo più diretto sull’amministrazione in generale e quindi, indirettamente, sui giudici.⁵⁸ Tuttavia, guardando al caso della Svezia e alla sua forte cultura amministrativa di indipendenza dal potere legislativo, tale pericolo non si è materializzato negli ultimi decenni.⁵⁹

Si potrebbe usare il caso degli organi giudiziari nella Repubblica Popolare Cinese come un controesempio confermando la rilevanza dei fattori “locali”. Almeno fino al 2006, i giudici erano considerati una parte integrante della pubblica amministrazione e venivano indirizzati in documenti ufficiali come funzionari amministrativi *tout court*.⁶⁰ A seguito di una serie di riforme, oggi le figure giudiziarie sono separate istituzionalmente e funzionalmente dalla pubblica amministrazione molto più delle loro controparti svedesi. Tuttavia, a causa della coesistenza di altri fattori contestuali (ad esempio, una cultura storica dell’amministrazione come direttamente al servizio dei poteri politici), non molti oserebbero affermare che l’architettura costituzionale cinese genera organi giudiziari maggiormente indipendenti dai politici (e quindi un livello più alto di democrazia di stile occidentale) che di quella svedese.

In definitiva, forse la misurazione reale del livello di democrazia in un determinato ordinamento giuridico dovrebbe avere come criterio principale non il grado in cui le più alte cariche giudiziarie operino come una terza forza rispetto agli altri poteri, ma piuttosto il livello di quanto il settore pubblico in generale (cioè, comprese le corti) sia istituzionalmente e giuridicamente indipendente dai poteri politici.

⁵⁷ In tal senso, si vedano R. Hirschl, *From comparative constitutional law to comparative constitutional studies*, in *International Journal of Constitutional Law* 1-12 (2013); e Venice Commission, *Report on Judicial Appointments*, 2007, para. 5-6, disponibile a [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)028-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)028-e) (“In alcune delle democrazie più stagionate esistono sistemi in cui il potere esecutivo ha una forte influenza sulle nomine giudiziarie. Tali sistemi possono funzionare bene in pratica e consentire un potere giudiziario indipendente in quanto l’esecutivo è frenato dalla cultura e dalle tradizioni giuridiche. Le nuove democrazie, tuttavia, non hanno ancora avuto la possibilità di avere sviluppato tali tradizioni, che possono prevenire questi abusi. Pertanto, almeno nelle democrazie di recente formazione, sono necessarie esplicite disposizioni costituzionali dirette alla prevenzione degli abusi politici nella nomina dei giudici da parte di altri poteri statali”).

⁵⁸ In tal senso, si veda ad esempio A. Körösi, *Government and Politics in Hungary*, Budapest, 1999, 212-216.

⁵⁹ In tal senso, si veda Nergelius, *Constitutional Law in Sweden*, *supra* at 84.

⁶⁰ In tal senso, si veda ad esempio K. Blasek, *Rule of Law in China: A Comparative Approach*, Berlino, 2015, 69.

La “lenta transizione” verso la democrazia in Bangladesh: profili costituzionali delle ultime elezioni politiche

di Luigi Colella

Abstract: The “slow transition” towards democracy in Bangladesh: constitutional profiles of the last political elections – The 2018 parliamentary elections in Bangladesh are a fundamental step for the country's constitutional history. For the first time in Bangladesh's contemporary history, the electoral campaign has not offered the historic competition between the two women symbol of national politics (Khaleda Zia and Sheikh Hasina). Today the coalition led by the Awami League party won the elections with a plebiscite majority (288 seats out of 300). However, during the elections, there were strong protests and attacks that led the opposition not to accept the election result; therefore some scholars defined Bangladesh as an “unstable constitutionalism”

2657

Keywords: Parliamentary Elections in Bangladesh; Slow democratic transition; Challenges of Bengali constitutionalism; Dysfunctional democracy.

1. Transizione costituzionale ed elezioni parlamentari in Bangladesh: dalla “military rule” alla “rule of law”

Il Bangladesh costituisce l'ottavo paese più popoloso al mondo, una nazione a maggioranza musulmana che affronta problematiche complesse, ancora aperte, che vanno dal possibile cambiamento climatico devastante, alla povertà estrema di alcuni territori, alla militanza islamista¹ e alla politicizzazione delle istituzioni². A livello internazionale, il Paese, geograficamente avvolto dall'India e situato nel golfo del bengala, è stato di recente sotto i riflettori per motivi religiosi, allorquando centinaia di migliaia di musulmani Rohingya, fuggiti dal vicino Myanmar, hanno trovato rifugio proprio in Bangladesh³.

Di recente la comunità scientifica internazionale ha manifestato interesse verso questa “giovane democrazia” a causa degli effetti politici, sociali, ma soprattutto giuridico-costituzionali, che hanno accompagnato le elezioni

¹ Sul problema della militanza islamista sia consentito un rinvio a A. Riaz, *Islamist Militancy in Bangladesh*, London, 1 edition, 2007; si veda sul punto il recente volume di J. Allchi, *Many Rivers, One Sea: Bangladesh and the Challenge of Islamist Militancy*, London, 2019. M. Casolari, *Bangladesh 2015: The emergence of radical Islam*, Asia Maior, vol. XXVI 2015, The Chinese-American Race for Hegemony in Asia, Viella, Roma, 2016.

² J. Fatema, *Corruption and institutional integrity: the case of Bangladesh*, in *International Journal of Engineering Technologies and Management Research*, Vol. 5, 2018, 133-142.

³ M. Casolari, *Bangladesh 2017: The Rohingya Carnage*, Asia Maior, vol. XXVIII 2017, Viella-Roma, 2018, 245-266.

parlamentari del 30 dicembre 2018 e che hanno dato inizio alla undicesima legislatura della storia costituzionale di questo Paese.

Prima di analizzare i caratteri del processo di democratizzazione e il rapporto tra la transizione costituzionale e le ultime elezioni parlamentari, occorre osservare la collocazione naturale del Bangladesh nel quadro globale delle famiglie giuridiche.

Sul piano comparativo, l'interesse per questa esperienza giuridica, ancora poco conosciuta, si ricava dal rapporto, che potremmo definire genetico, che sussiste tra Bangladesh e India, da un lato, e Bangladesh e Pakistan, dall'altro. A differenza dell'India – considerata dalla dottrina una delle più importanti democrazie consolidate dell'Asia meridionale (Amirante) – il Bangladesh e il Pakistan costituiscono democrazie ancora “incerte” che attraversano un lento processo di transizione.

Come si è già avuto modo di chiarire in un recente studio dedicato proprio al costituzionalismo dei paesi dell'Asia meridionale, il Bangladesh può essere definito come uno “Stato derivato da un Stato separato”⁴ la cui genesi istituzionale va ricercata nel faticoso⁵ processo di separazione dal Pakistan⁶ di cui costituiva, in origine, la provincia orientale separata. La nascita dello Stato unitario bengalese rappresenta, infatti, il risultato di un lungo ed articolato percorso di autodeterminazione che ha trovato nella conquista dell'Indipendenza, grazie al contributo e alla volontà politica dell'India democratica, il punto di inizio del processo di transizione costituzionale della Repubblica popolare del Bangladesh.

In questa cornice, il Bangladesh, secondo una parte della dottrina costituzionalistica⁷, costituisce uno Stato del Sub-continente indiano caratterizzato da un certo pluralismo giuridico⁸ in cui si incrociano e si scontrano più ordini giuridici paralleli, culture diverse e religioni differenti⁹. Si tratta di un sistema giuridico pluralista (R. Hoque) costruito su un complesso mosaico di culture indigene precoloniali che si sono mescolate con la tradizione giuridica anglo-indiana e con gli sviluppi del periodo post-indipendenza. La natura

⁴ L. Colella, *Costituzionalismo e democrazia in Bangladesh*, in D. Amirante (eds.), *Altre democrazie. Problemi e prospettive del consolidamento democratico nel sub-continente indiano*, Milano, 2010, 176-197. Si veda M. Torri, *Storia dell'India*, Bari-Roma, 2000. A. Consolaro, *Il Bangladesh sull'orlo di una crisi costituzionale*, in M. Torri (eds.), *L'Asia negli anni del Drago e dell'Elefante 2005-2006. L'ascesa di Cina e India, le tensioni nel continente e il mutamento degli equilibri globali*, Milano, 2007, 253-77.

⁵ Come è noto il genocidio e i crimini internazionali commessi durante la guerra del Bangladesh del 1971 furono tra i peggiori della storia. Sul punto si veda R. Hoque, *War Crimes Trial in Bangladesh: A Legal Analysis of Fair Trial Debates*, in *Australian Journal of Asian Law*, Vol. 17, N. 1, Article 5, 2016, 1-19.

⁶ E. Giunchi, *La democrazia pakistana: limiti e prospettive*, in D. Amirante (eds.), *Altre democrazie. Problemi e prospettive del consolidamento democratico nel sub-continente indiano*, Milano, 2010, pp. 163-175.

⁷ Cfr. M. S. Alam, *Legal system of Bangladesh* in H. M. Kritzer (eds.), *Legal Systems of the World: A Political, Social and Cultural Encyclopedia*, California/Oxford, 2002, vol. I, 116-24.

⁸ M. M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2014.

⁹ Si veda U.S. Commission on International Religious Freedom: *Annual Report 2017*, <https://www.uscifr.gov/sites/default/files/Bangladesh.2017.pdf>, ultimo accesso 5 giugno 2019.

pluralistica dell'impianto giuridico è ancora ben evidente nella coesistenza di norme non scritte (con un sistema di giustizia non statale ancora presente nei villaggi tribali) con il sistema di common law inglese¹⁰.

Sebbene il Bangladesh sia uno stato unitario, caratterizzato da un piccolo territorio del sub-continente indiano, è possibile tracciare al suo interno una mappa delle diversità che caratterizza la dimensione sociologica, culturale e religiosa¹¹ di questa terra abbracciata, geograficamente, dall'India. Dei 170 milioni di persone che risiedono in Bangladesh, il 90% sono musulmani sunniti, il 9,5% appartiene alla religione indù e tutte le altre fedi, compresi i cristiani, i buddisti, i musulmani sciiti e ahmadi, rappresentano meno dell'1% della popolazione totale. Il sistema giuridico, a seguito di un *lento* processo di laicizzazione, si presenta agli occhi del comparatista con la veste tipica del common law, sebbene non manchino elementi caratterizzanti altri sistemi giuridici. Per queste ragioni, secondo un'altra dottrina, il modello bengalese si può far rientrare nei c.d. mixed systems¹², ed, in particolare, in quei sistemi che si trovano al crocevia tra il sistema di *common law* e di *muslim law* (Palmer)¹³.

La lunga e difficile transizione democratica del paese¹⁴, iniziata nel 1972, ha visto il susseguirsi di alcune esperienze parlamentari caratterizzate dall'alternarsi di regimi militari, ma anche da governi solo parzialmente democratici¹⁵. Nel corso di tali legislature parlamentari, il Bangladesh ha vissuto una forte instabilità

¹⁰ Tali considerazioni sono state avvalorate da una conversazione avuta direttamente con R. Hoque e W. Menski in occasione della Summer School “*Comparative Law in the Age of Globalization: Contributions from the Global South to the Contemporary Debate on Legal Theory*”, scuola estiva promossa dall'Università degli studi della Campania “L. Vanvitelli” e tenutasi presso la sede della Fondazione G.B. Vico, in Vatolla (SA), dal 17.09.2018 al 20.09.2018. Per un approfondimento sul sistema giuridico del Bangladesh si veda ancora R. Hoque, *Courts and the adjudication system in Bangladesh: In quest of viable reforms*, in J. Yeh & W. Chang (eds), *Asian Courts in Context*, Cambridge, 2014, 447-486.

¹¹ J. H. Bhuiyan, *Law and Religion in Bangladesh*, in *BYU L. Rev.*, vol. 4/5, 2017, 839-844.

¹² Cfr. W. F. Menski, *Comparative law in a global context. The legal systems of Asia and Africa*, 2nd ed., Cambridge, 2006; W. F. Menski, *Beyond Europe*, in E. Orucu, D. Nelken (eds), *Comparative law. A handbook*, Oxford, 2007.

¹³ Secondo un'autorevole dottrina (Palmer) il Bangladesh deve farsi rientrare nei sistemi giuridici misti, ovvero i “Mixed system”, ed in particolare in quella famiglia in cui si mescolano elementi di common law e Muslim law; sul punto cfr. V. V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, in M. Bussani, U. Mattei (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, 368-383. In tal senso si veda ancora V. V. Palmer, M.Y. Mattar, (eds.) *Mixed Legal Systems, East and West*, London-New York, 2015. In questo volume lo studio comparativo si estende proprio a quelle esperienze che contengono non solo miscele di elementi di common law e civil law, ma anche a quelle che mescolano elementi di diritto islamico. Per approfondimenti cfr. V. V. Palmer, *Louisiana: Microcosm of a Mixed Jurisdiction*, Durham, 1999; V. V. Palmer, *Mixed Systems . . . and the Myth of Pure Laws*, in *Louisiana Law Review*, 2007, 67, 1205.

¹⁴ Z.R. Khan, *Bangladesh's Experiments with Parliamentary Democracy*, 1997, Vol. 37, No. 6, *Asian Survey*, 575-589; M. Moniruzzaman, *Parliamentary Democracy in Bangladesh: An Evaluation of the Parliament during 1991-2006*, in *Commonwealth & Comparative Politics*, 2009, Vol. 47, No. 1, 100-126; C. Baxter, *Bangladesh a Parliamentary Democracy if They can keep it*, [1992] Vol. 91 No. 563 *Current History*; N. Ahmed, *The Parliament of Bangladesh*, Aldeshort, 2002; N. Ahmed, *Parliamentary Politics in Bangladesh*, in *The Journal of Commonwealth & Comparative Politics*, Vol. 32, No. 3, 1994.

¹⁵ M. Moniruzzaman, *Parliamentary Democracy in Bangladesh: An Evaluation of the Parliament during 1991-2006*, in *Commonwealth & Comparative Politics*, 47:1, 2009, 100-126.

politica ed istituzionale, trattandosi di legislature parlamentari di breve durata, sempre accompagnate da lotte politiche molto violente, ispirate da una estrema conflittualità politica e istituzionale, riconducibile alla c.d. “teoria del complotto”¹⁶.

Per queste ragioni, l'evoluzione del parlamentarismo di questa giovane democrazia va letta parallelamente alle vicende politiche che hanno interessato la gestione del potere esecutivo. In questa cornice ai fini di chiarezza espositiva la storia politica ed istituzionale del paese può essere distinta in tre periodi. Il primo è quello che possiamo definire come fase costituzionale che ha avuto inizio con l'avvento della Costituzione del 1972. Il popolo del Bangladesh, dopo aver proclamato l'indipendenza, il 26 marzo 1971, ha affermato che la Repubblica Popolare, indipendente e sovrana, si è fatta portavoce degli ideali di *nazionalismo, socialismo, democrazia e secolarismo*. Il perseguimento dello stato di diritto, come preconditione della democrazia, è una caratteristica fondamentale su cui poggia la Costituzione del Bangladesh; il Preambolo recita, infatti, "It shall be fundamental aim of the state to realise through the democratic process a socialist society, free from exploitation - a society in which the rule of law, fundamental human rights and freedom, equality and justice, political economic and social, will be secured for all citizens". L'intento dei padri costituenti è stato quello di promuovere il processo democratico in una società socialista, libera dallo sfruttamento e così da garantire a tutti i cittadini i diritti umani fondamentali e la libertà, l'uguaglianza e la giustizia politica, economica e sociale. In questo senso il Preambolo afferma il “sacro dovere” di salvaguardare, proteggere e difendere la Costituzione, intesa come l'incarnazione della volontà del popolo del Bangladesh di prosperare in libertà per dare il pieno contributo ai valori della pace e della cooperazione internazionale. Nonostante nella Carta costituzionale siano riconosciuti e consacrati i valori costituzionali, un secondo periodo della transizione politica dello stato costituzionale bengalese è stato sicuramente caratterizzato da una forte connotazione “illiberale” e dal regime militare in cui ha sostanzialmente prevalso la c.d. *military rule*¹⁷. Il terzo ed ultimo periodo della storia costituzionale è invece caratterizzato dall'avvento della c.d. “democrazia elettorale” e solo formalmente liberale, contrassegnata dalla presenza di legislature parlamentari (con governi “democraticamente” eletti), ma che presentano, tuttavia, una discutibile legittimazione democratica.

¹⁶ Sulla tattica del boicottaggio parlamentare cfr. R. Jahan, I. Amundsen, *The Parliament of Bangladesh: Representation and Accountability*, 2012, CPD-CMI Working Paper 2, Centre for Policy Dialogue (CPD).

¹⁷ La *military rule* costituisce una fase importante del processo di transizione democratica e che ha interessato il periodo storico dal 1982 al 1996, cfr. il recente volume di C. Baxter, *Bangladesh. From a nation to a state*, London, 2018, pp. 107-130. Per un approfondimento sulla *military rule* si veda cfr. S. S. Pattanaik, *Bangladesh Army and Its role in Shaping the political Order*, in M. Tikekar (eds.), *Constitutionalism and Democracy in South Asia*, Oxford-New Delhi, 2014, 3 ss.; M. Rashiduzzaman, *Bangladesh in 1977: Dilemmas of the Military Rulers*, in *Asian Survey*, Vol. 18, No. 2, 126-134; A. Riyaja, *State, Class & Military Rule: Political Economy of Martial Law in Bangladesh*, Dacca, 1994; B. Monoar Kabir, *Politics of Military Rule and the Dilemmas of Democratization in Bangladesh*, New Delhi, 1999.

Come è noto, dopo la dittatura militare durata sino al 1990, si sono succeduti governi democraticamente eletti, che hanno visto l’alternarsi di Khaleda Zia, moglie del presidente assassinato Ziaur Rahman, e di Sheikh Hasina Wazed, figlia dello sceicco Mujibur Rahman; governi che, tuttavia, sono stati interrotti da regimi speciali e militari¹⁸, nonché dalla dichiarazione dello *stato di emergenza* a seguito di rivolte e “complotti” antidemocratici. Tali vicende storiche hanno portato gli studiosi ad individuare la *military rule*¹⁹ come una costante del sistema politico istituzionale della *prima fase* della Repubblica²⁰.

Solo nell’ultimo decennio, alla forte instabilità delle origini, caratterizzata dai governi militari e dalla sospensione delle garanzie costituzionali, è seguita una più audace e durevole attività politica ed amministrativa che ha consentito, anche grazie alle forti maggioranze parlamentari, di realizzare riforme democratiche anche molto discusse.

Nei suoi quarantasette anni di storia costituzionale, il Bangladesh è stato contrassegnato da un percorso democratico impervio e per certi aspetti doloroso. Nel corso di questa lunga transizione costituzionale, il momento delle c.d. elezioni parlamentari ha costituito una tappa fondamentale della evoluzione democratica, ciascuna delle quali ha contribuito alla costruzione del parlamentarismo, alla definizione dei rapporti istituzionali tra gli organi costituzionali e alla realizzazione del rapporto tra governanti e governati.

Come si vedrà nei paragrafi successivi, se, da un lato, il Bangladesh costituisce (formalmente) una democrazia multipartitica fondata sui principi del nazionalismo, del socialismo e del secolarismo (in cui si confrontano e spesso si scontrano diverse ideologie e culture), dall’altro, si tratta di uno Stato con un regime istituzionale ancora molto ibrido, in cui si registra un forte autoritarismo ed una evidente politicizzazione delle istituzioni²¹. Si tratta di fattori questi che contraddistinguono, come si dirà meglio nel corso di queste riflessioni, una democrazia incerta e che rientra tra quelle sicuramente non “stabilizzate”²².

¹⁸ S. S. Pattanaik, *Bangladesh Army and Its role in Shaping the political Order*, in M. Tikekar (eds.), *Constitutionalism and Democracy in South Asia*, Oxford-New Delhi, 2014, 3.

¹⁹ Sul concetto di *military rule* cfr. M. Rashiduzzaman, *Bangladesh in 1977: Dilemmas of the Military Rulers*, in *Asian Survey*, Vol. 18, No. 2, 126-134.

²⁰ A. Riyaja, *State, Class & Military Rule: Political Economy of Martial Law in Bangladesh*, Dacca, 1994; B. Monoar Kabir, *Politics of Military Rule and the Dilemmas of Democratization in Bangladesh*, New Delhi, 1999; T. Maniruzzaman, *The Fall of the Military Dictator: 1991 Elections and the Prospect of the Civilian Rule in Bangladesh*, in *Pacific Affairs*, vol.65, 1992, 203-223.

²¹ M. S. Rahman, *Politics, Governance and Development in Bangladesh*, 1st Edition, London-New Delhi, 2019.

²² Sulla natura delle democrazie stabilizzate cfr. T.E. Frosini (eds.), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019. Secondo il curatore di questo recente studio, per democrazie stabilizzate si intendono le democrazie di quei paesi (gli Usa e molti di quelli appartenenti alla Ue) che si fondano sulle ragioni del costituzionalismo, che dimostrano una convinta difesa dei diritti di libertà e delle garanzie costituzionali, e il cui sistema di governo privilegia il criterio della separazione dei poteri quale baluardo dell’effettività della democrazia liberale.

2. La forma di governo e la centralità del Parlamento monocamerale

Prima di focalizzare l'attenzione sugli aspetti caratterizzanti le ultime elezioni parlamentari del Bangladesh ed osservare i profili costituzionali della nuova legislatura parlamentare (undicesima) della Repubblica popolare, rileva, ai fini comparativi, richiamare i caratteri fondamentali dell'architettura istituzionale di uno Stato che conta circa 170 milioni di persone²³.

La Costituzione presenta una “forma di Stato Unitario”²⁴ (art. 1 Cost.) con capitale politica Dhaka (Art. 5 Cost.) a differenza di quanto si può notare in India in cui l'Unione indiana è costruita sul federalismo asimmetrico e consociativo²⁵.

Sebbene il Bangladesh sia uno stato unitario, il modello descritto dai costituenti “*incoraggia le autonomie locali*” così come previsto dall'art. 9 della Costituzione. Infatti il territorio nazionale, pur conservando la sua unità politica e istituzionale, è suddiviso in 8 Regioni (o Divisioni amministrative): Barisal, Chittagong, Dacca, Khulna, Rajshahi, Rangpur, Sylhet ed infine Mymensingh, ultima in ordine temporale di costituzione.

La Costituzione del 1971 riproduce, per grandi linee, la forma di governo parlamentare del modello anglosassone, dividendo il potere esecutivo fra Presidente, Capo del Governo e Consiglio dei Ministri²⁶. Il sistema giudiziario è costruito intorno alla Corte Suprema che rappresenta il vertice apicale della struttura giudiziaria bengalese che costituisce il vero “custode” della Costituzione e dei diritti fondamentali dei cittadini²⁷.

²³ La popolazione del Bangladesh è di circa 168.395.862 persone, di cui 85.214.819 maschi e 83.181.043 donne; si vedano i dati reperibili sul sito https://countrymeters.info/en/Bangladesh#population_2019 (ultimo accesso 5 giugno 2019). Per un approfondimento si veda The World Factbook CIA su <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bg.html>, ultimo accesso 15th January 2019. La World Bank stima la popolazione del Bangladesh in 164,669,751 abitanti; vedi anche il Report Country Policy and Information Note Bangladesh: Religious minorities and atheists, Version 2.0, October 2018 cfr. <https://data.worldbank.org/country/bangladesh>, Data di accesso 15 gennaio 2019.

²⁴ Cfr. l'Art. 1 della Costituzione, il quale precisa testualmente che “The Constitution established Bangladesh as a sovereign unitary Republic”.

²⁵ D. Amirante, *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India contemporanea*, ESI, 2019; sui caratteri della forma di stato federale indiana cfr. D. Amirante, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, BUP, 2014. Per un approfondimento sul federalismo indiano cfr. W. Kimlycka, *Liberal multiculturalism: Western models, global trends and Asian debates*, in W. Kimlycka, B. He (eds.), *Multiculturalism in Asia*, Oxford, 2005, 39.

²⁶ Sulla forma di governo del Bangladesh si veda il recente contributo di L. Colella, *Lo Stato di diritto in Bangladesh: le sfide del costituzionalismo contemporaneo*, in D. Amirante (eds.), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Cedam, 2019, 187 e ss. Sul punto cfr. anche L. Colella, *Il monocameralismo nell'esperienza storica e costituzionale del Bangladesh*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3/2014, p. 1294. Cfr. anche L. Colella, *Costituzionalismo e democrazia in Bangladesh*, in D. Amirante (eds.), *Altre democrazie. Problemi e prospettive del consolidamento democratico nel sub-continente indiano*, Milano, 2010, 176-197.

²⁷ Sul sistema giudiziario sia consentito, anche in ragione dell'economia del presente lavoro, un rinvio a M.A.H. Mollah, *Independence of judiciary in Bangladesh: an overview*, in *International Journal of Law and Management*, 54(1) (2012), 61-77; P. Kumar Panday, A. Hossain Mollah, *The judicial system of Bangladesh: an overview from historical viewpoint*, in *International Journal of Law and Management*, 53(1), 2011, 6-31.

La Carta costituzionale disciplina la figura del Presidente che svolge una funzione sostanzialmente cerimoniale²⁸ in quanto è il Primo Ministro²⁹ - i cui poteri sono indicati all'art. 55 - il vero titolare del potere esecutivo della Repubblica³⁰. Sul piano formale, il rapporto di fiducia, elemento caratterizzante della forma di governo parlamentare, regola le dinamiche fra Governo e Parlamento³¹.

Accanto al Primo Ministro, capo del Governo, il vero fulcro del sistema democratico bengalese è il Parlamento³², assemblea di tipo monocamerale che gode di una peculiare centralità nell'architettura costituzionale³³.

Sul piano comparativo, va notato che nel panorama degli stati post-coloniali del sub-continente indiano, il monocameralismo appare come una costante istituzionale della prima fase del processo di transizione democratica³⁴; oggi, invece, nel paradigma costituzionale dei paesi dell'Asia meridionale, il monocameralismo risulta essere una realtà nel Bangladesh e nello Sri Lanka³⁵,

²⁸ L'attuale Presidente della Repubblica e Capo dello Stato è Abdul Hamid, eletto 20° Presidente a far data dal 22 aprile 2013. Hamid è stato eletto Presidente per la seconda volta consecutiva il 7 febbraio 2018 e ha prestato giuramento il 24 aprile 2018 come 21° Presidente della Repubblica.

²⁹ Come è noto il *Presidente* nomina come *Primo Ministro* il capo del partito di maggioranza che ha ricevuto il numero maggiore di voti, ovvero quella figura politica che costituisce il vero leader della coalizione di governo e che, secondo la prassi costituzionale, propone al Presidente la nomina dei Ministri.

³⁰ Questa scelta è stata fortemente voluta dai Costituenti bengalesi che, al fine di evitare il ripetersi di distorsioni autoritarie già verificatesi in passato, hanno ritenuto necessario prevedere in modo specifico che il potere esecutivo fosse esercitato dal Primo Ministro capo di un Governo responsabile collegialmente nei confronti del Parlamento. Cfr. l'Art.55(2) della Costituzione del Bangladesh.

³¹ Sul rapporto tra i due organi costituzionali cfr. N. Ahmed, *Parliament-Executive Relations in Bangladesh*, in *Journal of Legislative Studies*, Vol. 3, 1997, 70-91.

³² Per una analisi complessiva del Parlamento in Bangladesh cfr. N. Ahmed, *The Parliament of Bangladesh*, Aldeshort, 2002.

³³ Sulla struttura e le funzioni del Parlamento del Bangladesh cfr. Nizam Ahmed, *The Parliament of Bangladesh*, London, 2018.

³⁴ Si pensi proprio al Bangladesh. Fa eccezione in quella stessa area geografica il Pakistan, dove c'è una forma di stato federale ed è presente il modello bicamerale, con l'esistenza di una assemblea nazionale e di un senato federale, cfr. *Le costituzioni federali di common law dell'Asia: Pakistan, Malesia e Nepal*, in MinervaWeb, Bimestrale della Biblioteca “Giovanni Spadolini” a cura del Settore orientamento e informazioni bibliografiche, n. 14, aprile 2013, reperibile su www.senato.it. Sul punto vedi A. Deledda, *Le assemblee legislative di Afghanistan e Pakistan*, Roma, Senato della Repubblica, 2011. Vedi anche H. Bhattacharyya, *Federalism in Asia: India, Pakistan and Malaysia*, London, New York, Routledge, 2010. Per approfondimenti sul diritto costituzionale nel modello indiano cfr. D. Amirante, *L'India*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, 2013, 437 e ss.

³⁵ Sulla forma di governo dello Sri Lanka cfr. C. Petteruti, *L'ordinamento costituzionale dello Sri Lanka fra ipersemipresidenzialismo e utopie federaliste*, in D. Amirante (eds.), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Cedam, 2019, 105-143. In questo paese con la riforma costituzionale del 1971 ha prevalso la scelta del monocameralismo, privilegiandosi un sistema parlamentare con una sola Camera dei rappresentanti del popolo. Sul punto cfr. N. Tiruchelvam, *The politics of federalism, and a diversity in Sri Lanka*, in Yash Ghai (eds.), *Autonomy and Ethnicity. Negotiating competing claims in Multi-Ethnic States*, Cambridge 2000, 197; vedi anche T. Rahman, *Parliamentary Control and Government Accountability in South Asia: A Comparative Analysis of Bangladesh, India and Sri Lanka*, London, 2008. Sulla struttura del parlamento dello Sri Lanka

mentre il modello bicamerale è stato preferito negli stati federali come il Nepal³⁶ e il Pakistan³⁷. L'Unione indiana, invece, costituisce uno stato federale, con forma di governo parlamentare, in cui opera un bicameralismo imperfetto dove la seconda camera costituisce una vera e propria Camera degli Stati³⁸. Va fatto notare che nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione indiana si riscontra in prevalenza il modello monocamerale, ad eccezione del Bihar, del Tamil Nadu, del Maharashtra, del Karnataka e dell'Uttar Pradesh (stati di medie o grandi dimensioni), dove il modello dell'assemblea legislativa è di tipo bicamerale, con la presenza del Consiglio legislativo.

In questo quadro, il Bangladesh costituisce, ad oggi, una esperienza del tutto peculiare di monocameralismo nell'Asia meridionale a cui è stata conferita una particolare solennità ed importanza dalla stessa Costituzione che concepisce il Parlamento come "Casa della Nazione".

Il testo costituzionale attribuisce al Parlamento funzioni legislative, di indirizzo politico e di controllo, tanto da meritare, secondo la dottrina³⁹, il titolo di organo costituzionale di Representation and Accountability. Come si è già avuto modo di approfondire in un precedente lavoro⁴⁰, il Bangladesh è oggi, formalmente, un sistema parlamentare in stile Westminster, nel senso che il Parlamento gode di notevoli poteri costituzionali tra cui un'ampia autorità di controllo sull'esecutivo.

In base alla Costituzione, il Parlamento del Bangladesh (*Jatiyo Shangshad*), conosciuto anche come House of the Nation, è composto da trecento membri eletti a suffragio universale e diretto nelle altrettante circoscrizioni in cui è ripartito il

vedi per approfondimenti anche il sito ufficiale del Parlamento dello Sri Lanka, www.parliament.lk.

³⁶ Sul bicameralismo e la forma di governo del Nepal nella recente Costituzione del Nepal cfr. P. Viola, *Profili costituzionali della Repubblica democratica federale del Nepal*, in D. Amirante (eds.), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Padova, 2019, 221 e ss.. Per completezza va detto che in base alle norme costituzionali provvisorie, ormai superate dalla nuova Costituzione, questo paese presentava un parlamento monocamerale. Sul punto cfr. *Le costituzioni federali di common law dell'Asia: Pakistan, Malesia e Nepal*, in MinervaWeb, Bimestrale della Biblioteca "Giovanni Spadolini", a cura del Settore orientamento e informazioni bibliografiche, n. 14, aprile 2013, reperibile su www.senato.it. Sulla storia istituzionale del Nepal cfr. E. Garzilli, *Il Nepal da monarchia a stato federale*, in <http://asiatica.org/site>; vedi anche L. Tartaglia, *Bandiere rosse sul tetto del mondo: il Nepal tra monarchia, guerra di popolo e democrazia*, Ediesse, 2010. Sulla forma di stato federale del Nepal si veda anche M. Prasad Sing, Veena Kukreja, *Nepal. An aspiring Federation*, in *Federalism in South Asia*, London, 2014, 153. Cfr. A. Bergman, *Ethnic Federalism in Nepal. A Remedy for a Stagnating Peace Process or an Obstacle to Peace and Stability?*, Minor Field Study Report, Department of Peace and Conflict Research, Uppsala University, Spring 2011.

³⁷ Sulla esperienza del Pakistan cfr. M. Zinzi, *La Repubblica del Pakistan: uno stato a tendenza islamica*, in D. Amirante (eds.), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, op. cit., 147 e ss.

³⁸ L. Colella, *Il parlamento indiano: lo specchio della democrazia più grande del mondo*, in D. Amirante, C. Decaro, E. Poestel (eds.), *La Costituzione dell'Unione indiana: profili introduttivi*, Torino, 2013, 95 e ss.

³⁹ J. Rounaq, *The Parliament of Bangladesh: Representation and Accountability*, in *The Journal of legislative Studies*, 21, 2, 2015, 250-269.

⁴⁰ L. Colella, *Il monocameralismo nell'esperienza storica e costituzionale del Bangladesh*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3/2014, 1294.

territorio dello Stato⁴¹. Il sistema elettorale utilizzato per le elezioni parlamentari risulta, come è noto, il first past the post o sistema uninominale maggioritario secco⁴². La Costituzione riserva, inoltre, alle donne una quota minima garantita che si aggiunge ai 300 membri eletti. In particolare, il numero dei seggi riservato alle donne era in origine pari a trenta, passati poi nel 2004 a 45. Con il 15° emendamento il numero dei seggi dedicati alle donne è stato fissato in cinquanta (art. 65)⁴³. In altri termini sono i 300 Parlamentari, eletti a suffragio universale e diretto, ad eleggere le 50 donne⁴⁴ mediante elezione indiretta (di secondo grado) con il sistema del voto singolo trasferibile⁴⁵.

Secondo il dettato costituzionale possono divenire membri del Parlamento i cittadini che hanno raggiunto il venticinquesimo anno di età, mentre non sono candidabili i cittadini condannati per reati di violenza che comportino come pena la reclusione per più di due anni.

Il Parlamento del Bangladesh è considerato dalla dottrina un organo “multifunzionale” in quanto titolare della funzione legislativa, nonché della funzione di controllo sull’operato del Governo⁴⁶. Tuttavia, la più rilevante delle funzioni attribuite al Parlamento è sicuramente quella legislativa⁴⁷. Fra tutti gli organi interni del Parlamento, il primo, in ordine di importanza, è senza dubbio lo *Speaker*, ossia il Presidente del Parlamento, che ha il dovere di assicurare, innanzitutto, il decoro delle funzioni parlamentari ed assicurare la direzione e il coordinamento delle attività parlamentari. Le prerogative dei membri del Parlamento e l’organizzazione interna dell’unica camera parlamentare sono

⁴¹ N. Ahmed, *In Search of Institutionalisation: Parliament in Bangladesh*, in *The Journal of Legislative Studies*, Vol. 4, No. 4, 1998, 34-65; cfr. M. J. Ali Chowdhury, *Our Parliament: the Historical and Institutional Dynamics*, in *SCLS Law Review*, Vol. 1, No.1; Z. R. Khan, *Bangladesh's Experiments with Parliamentary Democracy*, in *Asian Survey*, Vol. 37, No. 6, 575-589.

⁴² Come è noto si tratta di un sistema maggioritario semplice, dal momento che utilizza distretti uninominali e un voto centrato sul singolo candidato, senza richiedere particolari maggioranze.

⁴³ Cfr. S. Paasilinna, *Women's Reserved Seats in Bangladesh: A Systemic Analysis of Meaningful Representation*, a cura dell’International Foundation for Electoral Systems, 2016, reperibile su <https://www.ifes.org/publications/womens-reserved-seats-bangladesh-systemic-analysis-meaningful-representation>.

⁴⁴ Cfr. anche in P. Kumar, *Representation without Participation: Quotas for Women in Bangladesh*, in *International Political Science Review*, 29(4), 2008, 489-512. Secondo questo studio sebbene la quota dei seggi da destinare alle donne sia aumentata, la loro partecipazione nel processo decisionale non è ancora pienamente garantita; ad oggi le donne devono ancora affrontare diverse sfide sociali, culturali e religiose che ostacolano la loro partecipazione trovando spesso ostruzionismo da parte della componente maschile.

⁴⁵ In conformità con il quindicesimo emendamento costituzionale (XV Amendment Act), approvato il 30 giugno 2011, il numero di posti riservati alle donne in Parlamento è aumentato a 50.

⁴⁶ T. Rahman, *Parliamentary Control and Government Accountability in South Asia: A Comparative Analysis of Bangladesh, India and Sri Lanka*, Londra-New York, 2008, 31.

⁴⁷ La produzione normativa è affidata al Parlamento anche attraverso il lavoro preparatorio delle commissioni parlamentari, sul punto cfr. N. Ahmed, *Parliamentary committees and parliamentary government in Bangladesh*, in *Contemporary South Asia*, 10(1): 2001, 11-36. Cfr. S. Hossain Khan, Z. Hoque, *Changes in the Public Accounts Committee of a Less Developed Democratic Country: A Field Study*, in *Financial Accountability & Management*, 32:1, 2016, 80-103.

disciplinati nei Regolamenti parlamentari che costituiscono, insieme alla Costituzione, le fonti del diritto parlamentare bengalese.

Relativamente allo status dei membri del Parlamento, va notato che la Costituzione, all'art. 70, mutuando un istituto previsto dalla stessa Costituzione indiana all'art. 73, disciplina l'Anti-Defection Law, ovvero la regola secondo cui il parlamentare che sia stato eletto come candidato di un partito politico viene espulso dal proprio partito qualora abbia votato contro le indicazioni di questo, con la diretta conseguenza di decadere dal seggio parlamentare⁴⁸.

Come evidenziato da alcuni studi sul monocameralismo del Bangladesh⁴⁹, il dibattito parlamentare ha costituito la spinta propulsiva per l'avvio del processo di transizione da un regime statale totalitario ad un modello di democrazia popolare⁵⁰.

Anche per queste ragioni l'esegesi delle elezioni parlamentari del dicembre 2018 costituisce una tappa fondamentale per ricostruire la transizione costituzionale di un Paese complesso che, secondo alcuni⁵¹, costituisce uno stato formalmente libero, laico, democratico e socialista, ma in cui prevalgono spesso i caratteri di una autocrazia⁵². Per queste ragioni il modello costituzionale bengalese, pur recependo, sul piano estetico-formale, i caratteri funzionali/procedurali del costituzionalismo liberale (si pensi alla sovranità popolare, al principio di maggioranza per le deliberazioni politiche, al principio della separazione dei poteri, al principio di laicità statale, ecc.) presenta ancora delle "patologie" del processo di transizione democratica, come la forte politicizzazione delle amministrazioni centrali e locali.

3. Change or continuity? Profili costituzionali delle ultime elezioni parlamentari

⁴⁸ Secondo alcuni autori, in 40 Stati (tra cui Guyana, India, Pakistan, Bangladesh, Zimbabwe, Sierra Leone, ecc.) le Costituzioni nazionali prevedono norme Anti-defection; sul punto cfr. C. Nikolenyi, *Constitutional Sources of Party Cohesion: Anti-Defection Laws Around the World*, in Oslo-Rome Workshop on Democracy, November 2011, reperibile su www.uio.no/english. Vedi inoltre, G. Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York, 1994.

⁴⁹ L. Colella, *Il monocameralismo nell'esperienza storica e costituzionale del Bangladesh*, in op. cit., 1294.

⁵⁰ Per un approfondimento sul ruolo del Parlamento in Bangladesh, sulla natura della legislazione adottata, sulle controversie che hanno interessato i suoi membri, sulle strategie e sulle tecniche utilizzate dai parlamentari si veda N. Ahmed, *The parliament of Bangladesh*, New York 2018 (Prima Edizione Ashgate, 2002).

⁵¹ Cfr. l'articolo *Is Bangladesh becoming an autocracy?*, reperibile sul sito <https://www.dw.com/en/is-bangladesh-becoming-an-autocracy/a-43151970>.

⁵² Secondo il *Bertelsmann Stiftung's Transformation Index (BTI) 2018* un sintomo di questa spinta autoritaria è rappresentato dall'erosione dell'indipendenza giudiziaria - registratasi tra il 2014 e il 2016 in Bangladesh - e che si inserisce in un fenomeno più ampio c.d. di "democratic backsliding" (o regressione della democrazia). In base a questo studio il Bangladesh costituisce uno dei nuovi cinque paesi al mondo (Bangladesh, Lebanon, Mozambique, Nicaragua e Uganda) in cui manca uno standard minimo di democrazia, sul punto cfr. <http://www.theindependentbd.com/post/142869>.

Sul piano delle riforme istituzionali, un momento nevralgico del processo di transizione democratica si è registrato nel maggio 2011, quando la Lega Awami, utilizzando la sua ampia maggioranza di governo, ha introdotto il 15° emendamento costituzionale, che ha di fatto eliminato il sistema di transizione preelettorale (*caretaker government* o governo ad interim)⁵³. Questa importante riforma costituzionale è stata portata avanti dalla maggioranza di Hasina nonostante il maggiore partito di opposizione, il BNP, si fosse rifiutato di collaborare al progetto di riforma.

La soppressione del *governo ad interim* è stata considerata, secondo alcuni, una riforma che non ha facilitato affatto il processo di transizione democratica, in quanto con il venir meno di questo istituto è stato di fatto eliminato uno strumento di garanzia⁵⁴ (apartitico e neutrale) in grado di assicurare l'imparzialità dello svolgimento delle elezioni politiche⁵⁵.

In questo quadro di riforme, la decima legislatura, in assenza del governo ad interim, ha visto nel gennaio 2014 la vittoria della Lega Awami; una vittoria attribuibile al boicottaggio nelle maggiori circoscrizioni del più importante partito antagonista (il BNP di Khaleda Zia). In questa tornata elettorale, in 153 circoscrizioni la vittoria è stata assegnata automaticamente ai candidati del partito governativo di Hasina per l'assenza dei candidati dell'opposizione. Secondo la Commissione elettorale⁵⁶, degli altri 147 seggi in ballo su 300⁵⁷, 105 sono andati proprio alla "Lega Awami", tredici al Partito Jatiya, quattro al Partito dei lavoratori, due al JaSaD ed uno rispettivamente alla Federazione Twarikat e al Bnf; altri 13, infine, ad alcuni candidati indipendenti.

L'esperienza della decima legislatura e il boicottaggio elettorale ha dimostrato che il rapporto tra maggioranza ed opposizione è ancora oggi quello di una democrazia imperfetta o incerta, caratterizzata da scioperi e proteste violenti, scontri pre-elettorali e attentati di matrice civile o militare, che continuano a

⁵³ L'aspetto politicamente saliente del 15° emendamento è rappresentato dal fatto che la democrazia, il nazionalismo, il socialismo e il laicismo sono stati ripristinati come valori fondanti dello Stato.

⁵⁴ Sul punto si veda S. Zaman Khan, *The Politics and Law of Democratic Transition. Caretaker Government in Bangladesh*, London-New York, 2017.

⁵⁵ Va ricordato che nel maggio 2011 la Corte Suprema, con una sentenza sul 13° emendamento, ha confermato la modifica costituzionale sul Governo neutrale, richiamando la possibilità di svolgere le prossime elezioni sotto una gestione c.d. "custode". Questa possibilità non è stata affatto considerata dalla Lega Awami, che nel 2014 ha voluto elezioni libere senza il ricorso ad un governo neutrale. La rimozione del governo politico non governativo ad interim ha provocato violenze a livello nazionale e un'elezione senza partecipazione dei principali gruppi di opposizione nel 2014. Per un maggiore approfondimento sul punto cfr. A. A. Khan, *The politics of constitutional amendments in Bangladesh: The case of the non-political caretaker government*, in *International Review of Law*, 2015.9, 6-16.

⁵⁶ Secondo l'articolo 118 della Costituzione, la Commissione elettorale del Bangladesh è un organo costituzionale indipendente soggetto soltanto alla Costituzione che esplica le funzioni elettorali concernenti sia le elezioni presidenziali, che parlamentari e locali. Per un approfondimento sulle funzioni e sui poteri della *Bangladesh Election Commission* si veda il sito istituzionale <http://www.ecs.gov.bd>.

⁵⁷ A causa della mancanza di candidati del BNP e dei partiti che lo appoggiavano, il voto si è svolto soltanto in 147 delle 300 circoscrizioni. Va segnalato, inoltre, che l'affluenza alle urne è stata molto bassa.

rappresentare, nei periodi antecedenti al voto, il vero pericolo per questa giovane democrazia. Lo stato di fatto della politica bengalese evidenzia che, nonostante le riforme costituzionali dell'ultimo decennio, il livello della rappresentanza politica risulti ancora "minimo", e dunque il rapporto tra governanti e governati appare spesso difficile e poco trasparente.

Già nel 2017, uno studio⁵⁸ dedicato ai rapporti tra politica e corruzione in Bangladesh ha fatto notare che il quadro politico del Paese, a seguito delle elezioni del 2014, poteva evolversi in tre modi differenti, ipotizzando tre possibilità di sviluppo istituzionale: 1) assenza di legittime elezioni e ascesa di maggiore autoritarismo (ipotesi stimata al 50%); 2) legittime elezioni e ritorno alla democrazia multipartitica, (ipotesi stimata al 40%); 3) ritorno di uno stato pienamente autoritario (ipotesi stimata al 5%).

In questo quadro, se la decima legislatura si è aperta con il boicottaggio delle elezioni da parte del maggiore partito di opposizione (il BNP), le recenti elezioni del 2018 sono state contraddistinte dall'ascesa di nuovi soggetti politici che hanno contestato l'operato del governo di Hasina iniziato nel 2014. Alla fine della decima legislatura parlamentare, infatti, è stato costituito il *Fronte Jatiya Oikya* (National Unity Front) composto principalmente dal Gano Forum, dal Partito nazionalista del Bangladesh, dal Jatiya Samajtantrik Dal-JSD e dal Nagorik Oikya, coalizione questa guidata dall'ex ministro Kamal Hossain. La candidatura del giurista e membro dell'Assemblea costituente, Hossain, ha rappresentato una importante novità per gli scenari politici del Paese che ha avuto l'opportunità di votare una diversa compagine politica, premiare la nuova proposta e sancire la fine della storica lotta tra le due donne leaders del Bangladesh.

Il 18 dicembre del 2018 l'alleanza guidata da Kamal Hossain ha annunciato un *manifesto* di 14 punti, includendo l'impegno a ridurre il potere della carica di Primo Ministro: il manifesto politico di Hossain infatti intendeva scardinare la forte posizione di Hasina, accusata di autoritarismo e forte accentramento del potere⁵⁹.

In questa nuova cornice politica il 30 dicembre 2018 si sono tenute, in un clima di tensioni, le elezioni politiche che hanno chiamato al voto circa 104,142,381 cittadini e che hanno decretato la vittoria, senza precedenti, della coalizione guidata dalla Lega Awami e dalla sua leader storica Hasina. Il dibattito politico e il confronto in campagna elettorale è stato molto acceso sino a registrare incidenti mortali. Le preoccupazioni internazionali per gli avvenimenti accaduti in campagna elettorale hanno giustificato il monito del Segretario generale delle Nazioni Unite, Antonio Guterres, che ha invitato tutte le parti a garantire un

⁵⁸ Cfr. il rapporto *Anti-corruption in Bangladesh: towards feasible governance improvements*, a cura di Anti-Corruption Evidence (ACE) Research Consortium SOAS, University of London, Thornhaugh Street, Russell Square, London, ottobre 2017, reperibile su <https://ace.soas.ac.uk/wp-content/uploads/2017/07/ACE-BriefingPaper003-BN-AntiCorruption-171102.pdf>, data ultimo accesso 16 ottobre 2019.

⁵⁹ La proposta del costituzionalista Kamal Hossain è stata quella di realizzare una nuova rivoluzione popolare esortando i cittadini a realizzare una vera inversione di rotta rispetto al passato, rinnovando la vittoria del popolo bengalese così come è avvenuto ai tempi dell'approvazione della Costituzione.

ambiente privo di violenza, intimidazione e coercizione prima, durante e dopo le elezioni. Nonostante le tensioni e le forti accuse di autoritarismo, la *Awami League* (AL), ha guidato la coalizione della Grande Alleanza e ha battuto il *Fronte Jatiya Oikya* (o National Unity Front), conquistando una vittoria storica.

Le recenti elezioni parlamentari hanno rappresentato una fase importante per la storia costituzionale del Paese, ma anche una tappa fondamentale del processo di consolidamento delle istituzioni parlamentari. Il popolo bengalese è stato posto di fronte ad un bivio avendo la possibilità di scegliere tra la strada del cambiamento o il percorso della continuità storica.

Il partito guidato dalla premier Sheikh Hasina, insieme ai suoi alleati, ha vinto le elezioni per la terza volta consecutiva ottenendo ben 288 seggi sui 300 complessivi del Parlamento monocamerale⁶⁰, polverizzando così gli avversari politici. In particolare, la coalizione *Grand Alliance* (formata dalla Lega Awami e da altri partiti minori) ha conquistato 288 seggi⁶¹, la coalizione *Jatiya Oikya Front* (costituita dal BNP e da altri partiti) ha ottenuto solo 7 seggi, mentre solo 3 seggi sono stati assegnati ad altri partiti indipendenti⁶².

2669

Come si è detto, nella recente tornata elettorale, il Partito Nazionale del Bangladesh - che aveva già boicottato le precedenti elezioni politiche nel 2014, contestando la soppressione del governo ad interim - si è stretto attorno al suo nuovo leader, l'ex Ministro degli Esteri Kamal Hossain, 82enne giurista di estrazione oxfordiana (uno dei padri della Costituzione⁶³); ciononostante il partito Awami League ha vinto le elezioni legislative, superando il numero di 151 seggi richiesto per formare un governo. Ottenuta la piena maggioranza, Sheikh Hasina, attuale primo ministro della Repubblica popolare del Bangladesh, ha assunto il suo incarico il 7 gennaio 2019 per la quarta volta nella storia della repubblica popolare del Bangladesh.

Alla luce dei risultati elettorali e degli ultimi accadimenti politici, le ultime elezioni politiche in Bangladesh sono state caratterizzate da almeno tre aspetti peculiari. Si pensi alle novità politico-istituzionali, quali in primis l'assenza dalla

⁶⁰ Per una analisi dettagliata dei dati delle elezioni del 2018 si veda anche il sito istituzionale del Parlamento bengalese <http://www.parliament.gov.bd/index.php/en/about-parliament/tenure-of-parliament>.

⁶¹ Come si è detto la coalizione guidata da Hasina ha ottenuto complessivamente 288 seggi così distribuiti: la Awami League ha ottenuto 257 seggi (23 seggi in più rispetto ai seggi ottenuti nel 2014), lo Jatya Party (Ershad) 22 seggi (12 seggi in meno rispetto alle elezioni del 2014), il Workers Party of Bangladesh 3 seggi, lo Jatya Samajtantrik 2 seggi, il Bikalpa Dhara Bangladesh 2 seggi, lo Jatiya Party (Manju) 1 seggio, il Bangladesh Tarikat Federation 1 seggio, il Bangladesh Nationalist Front 0 seggi. La coalizione *Jatiya Oikya Front*, guidata da Hossain, ha ottenuto solo 7 seggi così distribuiti: 5 seggi conquistati dal BNP, 2 seggi ottenuti dal Gano Forum, mentre tutti gli altri partiti della coalizione non hanno ottenuto nessun seggio. La coalizione *Left Democratic Alliance* non ha ottenuto nessun seggio in Parlamento.

⁶² Sugli esiti delle elezioni del 2018 si veda *Election result 2018* (Bangladesh-National) reperibile sul sito <https://www.thedailystar.net/bangladesh-national-election-2018>, ultimo accesso 1° aprile 2019. Per un approfondimento sia consentito un rinvio alla scheda esplicativa reperibile sul sito <http://www.electionguide.org/elections/id/2484/>.

⁶³ È stato presidente del Comitato di redazione costituzionale nell'Assemblea costituente del Bangladesh; tra i suoi meriti si segnala che, come ministro degli esteri, è riuscito ad ottenere un "riconoscimento" cruciale ovvero l'ammissione all'ONU nel 1973.

scena politica di una delle due leader storiche (Khaleda Zia in carcere per corruzione), ma anche dalla forte partecipazione alle urne da parte degli elettori bengalesi, nonché dalla candidatura storica della minoranza religiosa dei cattolici.

Il primo elemento di novità è rappresentato sicuramente dal fatto che per la prima volta la campagna elettorale non ha visto la contesa storica tra le due donne simbolo della politica nazionale (Khaleda Zia e Sheikh Hasina), in quanto il BNP (partito a tendenza islamica) ha condotto la campagna elettorale senza il suo vero leader. Nella lunga transizione costituzionale del paese, le due leaders, Hasina e Khaleda Zia, hanno dominato per decenni la politica del Bangladesh, fino al colpo di stato del 2007, quando l'esercito è intervenuto nel tentativo di risolvere una volta per tutte questo dualismo familiare⁶⁴ che sarebbe poi diventato anche fattore di scontro politico e sociale. Un dato incontestabile che si ricava dalla recente tornata elettorale in Bangladesh è il carattere carismatico dei leaders politici a cui fa da corollario l'età anagrafica non certamente giovane di queste personalità. I tre leader, Hasina, Hussain e Zia, sono politici ultrasessantenni; Hussain, in particolare, ha partecipato all'Assemblea costituente avendo vissuto, pertanto, la storia costituzionale del Paese dagli albori ad oggi.

Il secondo fattore che ha sicuramente distinto le elezioni generali del Parlamento del 2018 è stato la presenza di attentati di matrice politica che hanno accompagnato anche questa tornata elettorale. Nonostante gli sviluppi democratici e le conquiste di libertà, ancora viva è la teoria del complotto accompagnata dalla strategia del terrore e della paura che caratterizza la campagna elettorale e la propaganda politica.

Un terzo elemento, non ultimo per importanza, che ha contraddistinto le elezioni del dicembre 2018 è rappresentato dal "carattere plebiscitario" di questa tornata elettorale, avendo la coalizione guidata da Hasina ottenuto il 96% dei consensi, un risultato inaspettato per una nazione molto divisa culturalmente ed in cui prevalgono differenze religiose ed etniche⁶⁵.

In uno scenario di forti opposizioni, la minoranza guidata da Kamal Hossain ha contestato sin dall'inizio il risultato elettorale chiedendo alla Commissione elettorale, organo costituzionale indipendente, di decretare la nullità delle operazioni di voto e indire nuove elezioni. Nonostante le insistenze dei partiti di opposizione, la Commissione elettorale, nell'esercizio dei propri poteri costituzionali, ha convalidato l'esito delle elezioni parlamentari e ha dichiarato l'inizio della undicesima legislatura costituzionale.

⁶⁴ Come si è detto l'una e l'altra sono esponenti di dinastie politiche importanti: Hasina è figlia di Sheik Mujibur Rahman, che guidò la lotta per l'indipendenza e fu assassinato dai militari; Khaleda Zia è la vedova di Ziaur Rahman, un generale golpista che governò il paese dal 1975 al 1981, quando fu vittima di un contro-golpe di un gruppo rivale di militari.

⁶⁵ J. Slater, A. Majumder, *Why Bangladesh's landslide election result is bad for its democracy*, articolo reperibile sul sito del Washingtonpost del 31 dicembre 2018, ovvero <https://www.washingtonpost.com/world/2018/12/31/why-bangladeshs-landslide-election-result-is-bad-its->.

Da un certo punto di vista, le ultime elezioni sono state molto più libere e corrette di quelle precedenti del 2014⁶⁶ anche perché non sono state rinviate o sospese come è avvenuto spesso in passato; la partecipazione degli elettori in questa ultima tornata è stata più alta, con un'affluenza del 66%, rispetto al 51% del 2014. Secondo alcuni osservatori la grande vittoria di Hasina sarebbe stata la conseguenza di alcune riforme come la soppressione del “governo ad interim” che ha neutralizzato le forze di minoranza. Come si è fatto notare in un recente contributo dedicato proprio alle sfide del costituzionalismo contemporaneo bengalese, la soppressione del *governo ad interim* è stata considerata da alcuni una riforma che non ha facilitato affatto il processo democratico, in quanto è stato in sostanza eliminato uno strumento di garanzia (apartitico e neutrale) in grado di assicurare l'imparzialità dello svolgimento delle elezioni politiche⁶⁷.

Il carattere spesso autoritario del governo in carica ha rappresentato, nel corso della storia costituzionale bengalese, un deterrente alla sana competizione tra i partiti politici, portando alla crisi istituzionale e politica, spesso violenta⁶⁸, ma anche alla contrapposizione tra ideologie religiose e comunità sociali: elementi questi che hanno reso ancora più complesso costruire l'identità di una Nazione.

4. “State Religion in a Secular Nation”: il rapporto tra diritto, politica e religione

In un quadro di disordini istituzionali interni, di conflitti culturali, sociali e religiosi, la giovane democrazia del Bangladesh - pur presentando una crescita economica costante⁶⁹ - è ancora oggi ostaggio di una rivalità politico-sociale molto accesa che si fonda anche sul fattore religioso.

Nonostante siano intervenute riforme costituzionali con l'obiettivo di migliorare la qualità della democrazia (si pensi alla fine della *military rule* e alla conquista di libere elezioni parlamentari, ma anche all'affermazione del laicismo come principio costituzionale), lo stato di fatto della politica bengalese evidenzia che il livello della rappresentanza politica risulta ancora tendenzialmente incerto.

⁶⁶ Sul punto si veda l'editoriale *Election Monitoring Forum labels 11th general polls peaceful, fair* reperibile sul sito <https://www.dhakatribune.com/bangladesh/election/2019/01/31/election-observer-forum-labels-11th-general-polls>.

⁶⁷ Va ricordato che nel maggio 2011 la Corte Suprema, con una sentenza sul 13° emendamento, ha confermato la modifica costituzionale sul Governo neutrale. Questa possibilità non è stata affatto considerata dalla Lega Awami, che nel 2014 ha voluto elezioni libere senza il ricorso ad un governo neutrale. La rimozione del governo politico non governativo ad interim ha provocato violenze a livello nazionale e un'elezione senza partecipazione dei principali gruppi di opposizione nel 2014. Per un maggiore approfondimento sul punto cfr. Adeeba Aziz Khan, *The politics of constitutional amendments in Bangladesh: The case of the non-political caretaker government*, in *International Review of Law*, 2015.9, reperibile su <http://dx.doi.org/10.5339/irl.2015.9>. Sul punto si veda, Sonia Zaman Khan, *The Politics and Law of Democratic Transition. Caretaker Government in Bangladesh*, 1st Edition, London, 2017.

⁶⁸ M. Moniruzzaman, *Party Politics and Political Violence in Bangladesh, Issues Manifestation and Consequences*, in *16 South Asian Survey*, 2009, 81.

⁶⁹ D. Lewis, *Bangladesh. Politics, Economy and Civil Society*, Cambridge, 2011, 12-14.

In altri termini, il rapporto tra maggioranza ed opposizione è ancora un terreno impraticabile caratterizzato da scontri pre-elettorali, attentati, scioperi e proteste⁷⁰ che continuano a rappresentare, soprattutto nei periodi antecedenti al voto, il “vulnus costituzionale” di questa giovane democrazia.

In questa cornice, un elemento nevralgico che mette a nudo le criticità della società bengalese è rappresentato dal rapporto tra diritto, politica e religione. Il Paese, a grande prevalenza dell'Islam (circa il 90% della popolazione è musulmana), costituisce la seconda più grande democrazia musulmana al mondo. Nei decenni successivi all'indipendenza, il paese ha visto un declino della diversità religiosa, registrando una diminuzione delle minoranze religiose dal 23,1% della popolazione nel 1971 al 9,6% odierno. Si tratta di una contrazione dovuta in gran parte alla migrazione di massa della popolazione indù, che si attesta all'8,5% (la più grande minoranza religiosa), seguita da buddisti (0,6%) e dai cristiani (0,3%); alcune popolazioni indigene praticano anche altri culti come l'animismo.

Le tensioni tra le forze laiciste e islamiste in Bangladesh - e il riconoscimento dell'Islam come religione di stato - hanno reso molto difficile l'applicazione del principio di laicità, generando divisioni e conflitti religiosi. Il rapporto tra politica, diritto e religione⁷¹, infatti, rappresenta un fattore genetico che caratterizza la società multiculturale bengalese⁷² dove la religione sembra essere uno dei fattori trainanti nel discorso politico del Bangladesh⁷³.

La libertà religiosa costituisce quasi una sorta di ossimoro costituzionale, nel senso che la Costituzione riconosce una religione di stato dichiarando nel contempo il Secolarismo come uno dei principi della politica statale; tale contraddizione ha spinto la dottrina a parlare di “State Religion in a Secular Nation”⁷⁴. Come è noto, nel 1977, il regime militare ha mortificato l'ideale laico della Costituzione, sostituendo il termine “secolarismo” con l'espressione “assoluta fede nel grande Allah Onnipotente”. I governanti militari, dopo aver sfidato i

⁷⁰ Secondo una parte degli osservatori, infatti, molti sostenitori dei partiti dell'opposizione sono stati arrestati poco prima delle elezioni in Bangladesh e ciò a discapito della leale competizione elettorale. I disordini e gli scontri scoppiati nei giorni antecedenti alle elezioni hanno provocato la morte di almeno 17 persone a dimostrazione che è ancora vivo l'antagonismo violento e lo scontro storico che caratterizza la dialettica politica.

⁷¹ D. Islam, F. Huda, *Religion and Politics: Bangladesh Perspective*, in *International Journal of Management and Humanities (IJMH)*, Volume-2 Issue-4, 2016, 1-5.

⁷² La Costituzione del Bangladesh (1972) radicava il “secolarismo” come uno degli “alti ideali” della nazione. Questo dato ha rappresentato un cambiamento radicale rispetto alla visione religiosa del Pakistan, da cui il Bangladesh è derivato a seguito dell'indipendenza nel 1971. Sul punto si veda R. Hoque, *Constitutional Challenge to the State Religion Status of Islam in Bangladesh: Back to Square One?*, Int'l J. Const. L. Blog, May 27, 2016, reperibile su <http://www.iconnectblog.com/2016/05/islam-in-bangladesh>. Cfr. anche M. Sattar, *A Revived Challenge to Islam as Bangladesh's State Religion Goes to Court*, in *New York Times (Asia Pacific)*, March 25, 2016: <http://www.nytimes.com/2016/03/26/world/asia/a-revived-challenge-to-islam-as-bangladeshs-state-religion-goes-to-court.html?_r=0>.

⁷³ Sull'uso della religione ai fini di propaganda elettorale e di strategia politica cfr. D. Islam, *Political Use of Religion in Bangladesh*, reperibile sul sito <https://mygoldenbengal.wordpress.com/2014/01/30/political-use-of-religion-in-bangladesh/>, ultimo accesso 5 giugno 2019.

⁷⁴ E. Robin Huq, *The Legality of a State Religion in a Secular Nation*, in https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol17/iss1/10.

principi laici voluti dai Costituenti, hanno inserito la religione di stato tra i principi c.d. “basici”, frantumando il carattere secolarista del Bangladesh.

Il risultato di questo emendamento (considerato per certi versi “regressivo” degli ideali democratici di cui si faceva portavoce la formulazione originaria della Costituzione del 1972) è rappresentato dal fatto che la frase *Bismillah-ir-Rahman-AR-Rahim* (nel nome di Allah, clemente e misericordioso) sia stata aggiunta al Preambolo della Costituzione⁷⁵. L’ottavo Emendamento ha di fatto alterato il “laicismo” costituzionale, dichiarando esplicitamente l’Islam come l’unica religione di stato. Queste riforme hanno elevato la maggioranza della popolazione musulmana allo status di “classe sociale privilegiata”, pregiudicando le minoranze religiose (indù, cristiani, buddisti e tribali).

A ciò si aggiunga che l’importanza della religione come forza trainante della vita politica del Bangladesh è stata attestata da due fatti storici. Il primo va ricercato nell’istituzione nel 1984 di un ministero dedicato agli affari religiosi, con l’obiettivo dichiarato di creare un ambiente religioso equilibrato che potesse supportare i valori e i costumi di ogni religione, garantendo nel contempo la libertà di culto. Il secondo è rappresentato dalla presenza di molti simboli islamici e religiosi in tutto il territorio nazionale; è interessante notare come la capitale Dhaka sia conosciuta come “la città delle mille moschee”.

Di fronte ad una seconda islamizzazione iniziata negli ultimi decenni, la Lega Awami, tornata al potere nel 2009, ha aperto un nuovo capitolo nella transizione democratica del Bangladesh rianimando il principio del laicismo. Con l’approvazione del quindicesimo emendamento, nel 2011, il governo di Hasina ha ridimensionato il principio costituzionale della “fede in Allah Onnipotente”. Tuttavia questa riforma costituzionale non ha rimosso la frase “Bismillah-ar-Rahman-ar-Rahim” dal Preambolo, né il riconoscimento dell’Islam come unica religione di stato, alimentando così una ulteriore confusione nella già complessa società benagalese.

In questa cornice costituzionale, i gruppi e le minoranze religiose sono spesso oggetto di discriminazione, incontrando serie difficoltà di partecipazione alla vita politica e istituzionale.

Tuttavia le recenti elezioni parlamentari hanno registrato timidi segnali incoraggianti per la qualità della partecipazione democratica e per la garanzia della diversità religiosa. In occasione del rinnovo del Parlamento hanno partecipato alla competizione elettorale del 2018 solo 8 candidati cristiani (di cui 7 cattolici e uno protestante) a dimostrazione di un rinnovato interesse per i temi politici da parte della minoranza religiosa; si tratta del numero più alto da sempre di cristiani che

⁷⁵ In Bangladesh, l’importanza del Preambolo è stata riconosciuta anche dalla teoria della clausola di eternità. A seguito di una decisione del 2011 della Corte Suprema del Bangladesh - che ha invalidato il 13° emendamento - la Costituzione è stata modificata per inserire una clausola di eternità, articolo 7B, che prevede l’inviolabilità delle sue “disposizioni di base”. Questo articolo straordinariamente ampio rende inalterabile il Preambolo, i principi della politica statale, eventuali disposizioni sui diritti fondamentali e gli “articoli relativi alle strutture di base” della Costituzione; sul punto vedi R. Hoque, (2018), *Eternal Provisions in the Constitution of Bangladesh: A Constitution Once and for All?*, in R. Albert, E. Oder (eds), *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, Singapore, 2018.

hanno preso parte, attivamente e come candidati, alle elezioni politiche, in un paese a forte islamizzazione. Ciononostante solo 18 dei 79 candidati appartenenti alla minoranza religiosa sono riusciti a ottenere seggi nelle undicesime elezioni parlamentari; dei 18 parlamentari eletti, 16 erano già parlamentari della decima legislatura⁷⁶.

In questo quadro l'estremismo religioso e l'inserimento dell'Islam in Costituzione, a nostro avviso, non ha solo infranto il carattere laico e secolare della Nazione, ma ha anche dato origine all'ethos integralista di alcuni partiti politici⁷⁷.

5. La “rule of law” in Bangladesh: profili costituzionali di una democrazia ancora incerta

2674

Sul piano geopolitico il risultato delle elezioni del 2018 e l'inizio della undicesima legislatura parlamentare costituiscono una importante chiave di lettura non solo per le future relazioni tra il Bangladesh e gli altri stati dell'Asia meridionale, ma soprattutto per il consolidamento e lo sviluppo futuro della democrazia bengalese.

In questi ultimi anni, il processo di transizione democratica che ha accompagnato le ultime vicende politiche ha evidenziato sicuramente alcuni fattori positivi per la tenuta democratica: il primo di questi fattori è rappresentato da un certo dinamismo giudiziario⁷⁸ da parte della Corte Suprema⁷⁹. Tale attivismo ha assunto una portata notevole proprio nell'ultimo decennio, con il ricorso da parte di gruppi di cittadini alla public interest litigation – istituto mutuato dall'esperienza indiana⁸⁰ – per la tutela dei diritti fondamentali (come la difesa della

⁷⁶ Vedi l'articolo *11th parliament: Number of minority candidates remains same*, articolo reperibile su <https://www.dhakatribune.com/bangladesh/election/2019/01/02/11th-parliament>, ultimo accesso 10 aprile 2019.

⁷⁷ L'ascesa del partito *Hefajot-e-Islam* è un chiaro esempio di questa tendenza. L'avvento dei gruppi islamici fondamentalisti emergenti è un dato preoccupante perché costituisce una minaccia per la sicurezza interna e internazionale del paese, oltre che una offesa per la tradizione storica di una *Nazione* che ha conquistato faticosamente l'indipendenza ed è stata concepita dai costituenti come un paese di pace che predilige il rispetto e l'armonia tra le diverse comunità religiose. A. Mohsin Amena, *Religion, Politics and Security: the Case of Bangladesh* in *Journal of Asia-Pacific Center for Religious Studies*, 1984, reperibile su <http://apcss.org/Publications/Edited%20Volumes/ReligiousRadicalism>.

⁷⁸ Si pensi a una importante decisione della Corte Suprema dell'anno 2016 a tutela dei diritti fondamentali e relativa agli arresti arbitrari perpetrati dalla polizia in violazione delle garanzie costituzionali, si veda il caso *Bangladesh v. Bangladesh Legal Aid and Services Trust*,⁸ SCOB [2016] AD 1 (judgment of May 24, 2016), SCOB = Supreme Court Online Bulletin.

⁷⁹ R. Hoque, *Judicial Activism in Bangladesh: A Golden Mean Approach*, Newcastle upon Tyne, 2011.

⁸⁰ J. Razzaque, *Public Interest Environmental Litigation in India, Pakistan, and Bangladesh*, Kluwer Law International, L'Aia, 2004. In ordine all'utilizzo dell'azione collettiva nel modello indiano cfr. D. Amirante, *India*, Bologna, 2007.

salute, la protezione dell'ambiente e della tutela del consumatore)⁸¹. Questa procedura di interesse pubblico, costituisce, infatti, una reale garanzia di giustizia collettiva, specie in un paese come il Bangladesh, dove il 65% della popolazione non ha effettivo accesso al sistema giudiziario, sebbene la Costituzione riconosca l'uguaglianza di fronte alla legge e il diritto di adire la giustizia a tutti i cittadini.

Un altro elemento di particolare importanza per il consolidamento democratico va ricercato nella difesa di alcuni principi ritenuti non modificabili e, pertanto, sottratti alla modifica costituzionale. Come ha avuto modo di notare R. Hoque in *Eternal Provisions in the Constituion of Bangladesh: A Constitution Once and For All?*, la Corte Suprema del Bangladesh ha introdotto già dal 1989 la c.d. dottrina della “basic structure” (altresì conosciuta come eternity clause), ossia una inemendabilità degli elementi valoriali e di quei principi cardine su cui si poggia la Legge Fondamentale. Nonostante la dottrina e la giurisprudenza abbiano riconosciuto la teoria della *basic structure* della Costituzione e assicurato l'impossibilità di modificare taluni principi costituzionali considerati fondamentali per la democrazia, lo stato della democrazia in Bangladesh è ancora incerto. Se è vero che sul piano costituzionale sono stati raggiunti alcuni obiettivi soddisfacenti, i risultati delle ultime elezioni dimostrano che la transizione democratica è tuttora in corso e la condizione di instabilità dell'assetto democratico risulta comprovato almeno da due fattori.

In primis il lungo cammino verso la democrazia in questo Paese appare oggi compromesso e destabilizzato da una riforma costituzionale voluta dal governo di Hasina che, utilizzando la sua maggioranza (già nel 2011), ha eliminato l'istituto del Governo ad interim che operava a fine mandato parlamentare per garantire un clima di imparzialità tra le forze politiche in campo prima delle elezioni. Con la soppressione del governo ad interim sono di fatto mutate quelle regole del gioco che costituiscono i presupposti e le condizioni necessarie per assicurare imparzialità ed evitare il condizionamento del voto da parte del governo uscente.

Un secondo elemento che dimostra la presenza di talune anomalie del processo di transizione vanno ricercate nel fatto che la garanzia dei diritti fondamentali per tutti i cittadini appare ancora oggi una operazione meramente parziale o limitata. Nonostante la Costituzione riconosca nel *Bill of Right* i principi e i valori fondamentali della democrazia, possiamo affermare che ad oggi vi è ancora un forte gap tra realtà giuridica effettuale ed enunciativa costituzionale. La democrazia bengalese è ancora caratterizzata da tensioni sociali, culturali e religiose, ma ancora da violenti attacchi terroristici e reazioni antisistema che si manifestano soprattutto nel periodo della campagna elettorale. Si tratta di una

⁸¹ Un *case study* particolarmente di applicazione della procedura di “Public interest litigation”, portato all'attenzione della Corte Suprema del Bangladesh, ha interessato la tutela dei diritti dei consumatori di sale alimentare, cfr. sul punto M. Rafiquazzaman, *Public interest litigation in Bangladesh. A case Study*, vedi www.biliabd.org/article%20law/Vol-06/Muhd.%20Rafiquazzaman.pdf (ultimo accesso 15 marzo 2018).

“patologia istituzionale” di un paese che vive, a nostro avviso, una lenta transizione costituzionale e un processo di stabilizzazione ancora in itinere⁸².

La penetrazione delle forze politiche di maggioranza nel sistema istituzionale e i timori di una politicizzazione delle istituzioni democratiche, nonché l'ingerenza del potere esecutivo nei meandri della magistratura, costituiscono ancora oggi le preoccupazioni più forti denunciate dalle forze politiche di opposizione⁸³. Non è un caso, probabilmente, che l'ex giudice della Corte Suprema Surendra Kumar Sinha - primo indù a ricoprire il ruolo di vertice della suprema magistratura - nel suo volume *A Broken Dream: Rule of Law, Human Rights and Democracy* abbia evidenziato come l'indipendenza del sistema giudiziario rappresenti un prerequisito fondamentale per la costruzione di uno stato democratico e liberale. L'assenza di questo prerequisito fondamentale ha mortificato la rule of law⁸⁴ che ha accompagnato la conquista della Costituzione bengalese. Non dimentichiamo che l'obiettivo di assicurare la rule of law come principio cardine della democrazia bengalese è stato il *leitmotiv* che ha accompagnato il percorso dei costituenti nella redazione della Carta costituzionale: non è un caso che il padre della Costituzione, lo sceicco Mujibur Rahman, immaginava già negli anni '70 una società moderna, pluralista e inclusiva, in cui ogni persona e ogni comunità potessero vivere in libertà, pace e sicurezza, rispettando l'innata dignità e l'uguaglianza dei diritti di tutti.

Sebbene sul piano formale la Costituzione bengalese garantisca uguale status agli uomini e alle donne in tutte le sfere della vita privata e pubblica⁸⁵, in sostanza è ancora presente in Bangladesh una società familiare di natura patriarcale⁸⁶. Come in altre realtà caratterizzate da un modello sociale patriarcale, anche in questo paese la donna vive in una posizione sociale più debole, in cui l'istruzione, l'insegnamento e il lavoro d'élite sono svolti prevalentemente dagli uomini⁸⁷. Anche sul piano della tutela della libertà personale le preoccupazioni ruotano intorno all'applicazione di pene molto severe in caso di reati gravi, tanto che la

⁸² Cfr. si veda L. Colella, *Lo Stato di diritto in Bangladesh: le sfide del costituzionalismo contemporaneo*, in D. Amirante (eds.), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Padova, 2019, 187 e ss.

⁸³ I. Chowdhury, S. Ahmed, (eds.) *The Rule of Law in Developing Countries: The Case of Bangladesh*, London-New York, 2018.

⁸⁴ Per un approfondimento sulla “Rule of Law” in Bangladesh si veda L. Colella, *Lo Stato di diritto in Bangladesh: le sfide del costituzionalismo contemporaneo*, in D. Amirante (eds.), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, op. cit., 188.

⁸⁵ La Costituzione bengalese garantisce “uguale status agli uomini e alle donne in tutte le sfere dello Stato e della vita pubblica” (art. 28).

⁸⁶ Farah Deeba Chowdhury, *Theorising Patriarchy: The Bangladesh Context*, in *Asian Journal of Social Science*, 37(4), 599-622, 2009.

⁸⁷ Farah Deeba Chowdhury, *Women's Political Participation in Bangladesh: An Empirical Study*, The University Press Limited (UPL), 2013. In questa opera si esaminano i problemi della partecipazione politica delle donne in Bangladesh, rilevando che la partecipazione delle donne alla politica è ancora molto limitata in questa democrazia, nonostante il Primo Ministro sia una donna così come il leader dell'opposizione.

Costituzione non esclude l'applicazione della pena di morte, già prevista dal Codice penale del 1860⁸⁸.

L'affermazione della “democrazia elettorale”, in cui sono garantite elezioni libere e regolari (attraverso l'affermazione del principio della sovranità popolare e della rappresentanza politica) può considerarsi soltanto parziale. Le attuali anomalie del sistema democratico fanno del Bangladesh un paese dell'Asia meridionale collocato nel quadro delle democrazie incerte (Mezzetti)⁸⁹ o imperfette⁹⁰, e quindi in quelle che Amirante ha definito “altre” democrazie⁹¹.

A riprova di questo vi è il fatto che in Bangladesh non sono ancora percepibili del tutto i caratteri di una democrazia liberale (Grassi), plurale ed inclusiva delle minoranze religiose, tanto da meritare, secondo parte della dottrina anglosassone, la qualifica di “unstable constitutionalism”⁹² e di “dysfunctional democracy”⁹³. Quasi certamente per vincere le sfide del costituzionalismo bengalese, e superare le criticità di una democrazia ancora “incompiuta”, occorrerà prima di tutto, come afferma Menski, che i cittadini, le forze politiche e le istituzioni imparino “a vivere insieme” - uniti nonostante le diversità culturali, etniche e religiose - in una sola Nazione⁹⁴.

In questo quadro, l'undicesima legislatura dovrebbe farsi carico delle sfide del costituzionalismo contemporaneo e avviare una fase importante del processo di transizione democratica e giungere ad un definitivo consolidamento delle istituzioni parlamentari, superando ogni dubbio sul possibile ritorno ad un regime autoritario e non democratico. In altri termini si attende una nuova stagione democratica per costruire una Nazione inclusiva che assicuri prima di tutto il

⁸⁸ Al riguardo proprio l'art. 32 della Costituzione stabilisce che “Nessuno può essere privato della vita [...] salvo nei casi previsti dalla legge”. Di fatto la pena di morte è utilizzata per un elenco estremamente ampio di reati; si pensi, tra questi, ai reati politicamente ispirati e ai crimini di guerra, ma anche ad altre tipologie come i reati di omicidio.

⁸⁹ Per un approfondimento cfr. L. Mezzetti, *Le democrazie incerte, Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Torino, 2000, 580 e ss., che contiene una sezione dedicata alle transizioni costituzionali in Asia. Sul punto e per un approfondimento delle questioni di metodo si veda anche G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998; R. Orrù, L.G. Scianella (eds.), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004.

⁹⁰ A. Di Giovine, S. Sicardi, *Democrazie imperfette*, Torino, 2005.

⁹¹ Cfr. D. Amirante (eds.), *Altre democrazie. Problemi e prospettive del consolidamento democratico nel sub-continente indiano*, Milano, 2010.

⁹² Sul punto si veda anche R. Hoque, *The Judicialization of Politics in Bangladesh. Pragmatism, Legitimacy, and Consequences*, in M. Tushnet, M. Khosla (eds.), *Unstable Constitutionalism*, Cambridge, 2015, 261-290.

⁹³ Si veda S. Rahman, S. Mahfujul Haque Marjan, *Fragile Democracy, Indications of Failed State and Lack of Good Governance: Perspective Bangladesh*, in *J. Mass Communicat Journalism*, 4:180, 2014. Sul concetto di “dysfunctional politics of democracy in Bangladesh” si veda S. Enam Khan, *The dysfunctional politics of democracy in Bangladesh*, Dhaka Tribune, reperibile su <https://www.dhakatribune.com/opinion/longform/2016/05/25/dysfunctional-politics-democracy-bangladesh>, ultimo accesso 15 gennaio 2019.

⁹⁴ R. Hasnat Shaki, *Systematic Persecution of Religious Minorities: Bangladesh Perspective*, in *Journal of Humanities And Social Science*, Vol. 7 Issue 3, 2013, 9-17.

⁹⁴ W. Menski, *Bangladesh in 2015. Challenges of the Iccher Ghuri for Learning to Live Together*, in *Journal of Law and Politics*, vol. 1, n. 1, 2015.

rispetto della *rule of law*, la lotta alla corruzione delle istituzioni, la tutela dei diritti fondamentali e l'affermazione del laicismo religioso di tutti i cittadini fondato sulla consapevolezza che la diversità religiosa costituisce una risorsa e non un pericolo per la democrazia.

Per potersi affermare uno Stato democratico, socialista, laico e pluralista, bisognerà, a nostro avviso, colmare necessariamente il divario tra l'enunciativa costituzionale e la *realtà giuridica* effettuale (Giannini): questa condizione sarà necessaria per giungere al consolidamento democratico di uno dei paesi più popolosi al mondo. Ciò sarà possibile solo se si darà concreta attuazione alla Costituzione che, da “manifesto”⁹⁵ del movimento indipendentista delle origini, dovrà diventare l'unico vero “fondamento” della nazione, su cui edificare il valore universale della democrazia⁹⁶.

⁹⁵ Cfr. D. Amirante, *Costituzioni e costituzionalismo dell'Asia meridionale*, in D. Amirante, *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, op. cit., 24.

⁹⁶ A. Sen, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'Occidente*, Milano, 2004.

Elezioni indiane 2019: la forma di governo parlamentare alla prova del fenomeno Modi

di Carmine Petteruti

Abstract: General Elections of India 2019: the parliamentary government system to the test of the Modi phenomenon – General Elections of India 2019 proclaimed the BJP's landslide victory on Congress Party. This victory confirmed the importance of the charismatic leadership that, in a post-ideological historical era, becomes decisive for the electoral consensus. However, analyzing the electoral data of the last elections, the victory of the National Democratic Alliance coalition turns out to be less overwhelming than what appears, with a still strong political opposition. It depends on the first past the post electoral system.

Sommario: 1. Una nuova vittoria del *Bharatiya Janata Party* (BJP) – 2. Il sistema elettorale indiano – 3. La parabola discendente del *Congress Party* – 4. Le previsioni della Costituzione in materia di elezioni – 5. La *Election Commission* – 6. L'India è ancora la democrazia più grande del mondo ma anche la più complicata – 7. Il governo Modi 2.0 tra conferme e prospettive future

2679

Keywords: General Elections, Lok Sabha, First Past the Post, Constitution, Election Commission.

1. Una nuova vittoria del Bharatiya Janata Party (BJP)

Il 19 maggio 2019 si sono concluse le elezioni indiane per il rinnovo del *Lok Sabha*, la Camera bassa del Parlamento indiano¹, con la vittoria della coalizione *National Democratic Alliance*² che si è aggiudicata ben 353 seggi sui 542 del Parlamento³. Ma le elezioni hanno soprattutto celebrato l'affermazione schiacciante, all'interno della coalizione, del partito induista *Bharatiya Janata*

¹ I membri della Camera di rappresentanza degli Stati (*Rajya Sabha* o *Council of the States*) sono eletti, invece, dai Parlamenti degli Stati federati con un sistema elettorale di tipo proporzionale. L'art. 80 della Costituzione prevede che i membri della *Rajya Sabha* possono arrivare ad un massimo di 250, di cui 12 di nomina presidenziale.

² La *National Democratic Alliance* nasce nel 1998 per iniziativa del BJP che successivamente, alle elezioni del 2014, si è ulteriormente allargata con la partecipazione di 29 partiti di minore importanza. Al riguardo, si veda R.K. Tiwari, *Political Parties, Party Manifestos and Elections in India, 1909-2014*, London, Routledge, 2018. Sulle alleanze politiche in India, si veda B. Chakrabarty, *Coalition Politics in India*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

³ L'art. 81 della Costituzione indiana prevede un numero variabile di seggi che in ogni caso non può essere superiore a 552 di cui: 530 per i rappresentanti della popolazione, 20 attribuiti ai Territori dell'Unione e gli ultimi 2 a disposizione del Presidente dell'Unione per la nomina di rappresentanti della comunità anglo-indiana, in base all'art. 331 della Costituzione.

Party (BJP), il cui leader Narendra Modi è il Primo ministro uscente, che si è aggiudicato ben 303 seggi (21 in più rispetto alle precedenti elezioni), al punto che potrebbe governare anche da solo⁴. Questa forte affermazione è stata in controtendenza rispetto al risultato delle elezioni tenutesi in diversi Stati nel 2018 e che, soprattutto al Nord, avevano determinato la perdita di consensi per diversi governi di stampo BJP. I commentatori indiani, che ricorrono spesso alla terminologia geologica per descrivere i risultati delle elezioni, hanno osservato che se i cambiamenti elettorali sono paragonabili ad una ‘scossa tettonica’, nel caso delle ultime elezioni si può parlare di una vera e propria ‘collisione continentale’. Le ultime elezioni hanno infatti rafforzato considerevolmente il governo uscente⁵, a cui si è accompagnata una grave sconfitta della coalizione di opposizione, la *United Progressive Alliance*, e all’interno di essa dell’*Indian National Congress* (INC) guidato dal leader Raul Gandhi⁶, figlio di Sonia Gandhi e pronipote di Jawaharlal Nehru che fu tra i fondatori del partito insieme a Mahatma Gandhi⁷.

Questa vittoria ha confermato l’importanza nelle dinamiche elettorali della leadership carismatica che, in una fase storica post-ideologica come quella che attraversiamo, diviene determinante per la raccolta dei consensi. Per la verità, il carisma dei *leaders* ha sempre avuto una particolare rilevanza nella politica indiana, specialmente nel mantenere l’unità di un Paese che ha nel multiculturalismo una delle principali caratteristiche⁸. Non a caso, l’ultima tornata elettorale ha celebrato la piena identificazione tra il Primo ministro Modi ed il BJP, così come è accaduto in altre vicende elettorali dell’area asiatica ma anche di quella occidentale⁹. La capacità del *leader* politico di attrarre consensi e

⁴ Sull’ascesa del BJP si veda S. Corbridge, J. Harris, *Reinventing India. Liberalization, Hindu Nationalism and Popular Democracy*, Cambridge, Polity Press, 2000, 122 ss.

⁵ L’India, ad eccezione di rari casi, ha sempre avuto una forte stabilità di governo. Dal 2004 ad oggi, in particolare, si sono alternate al governo coalizioni (in alcuni casi formate anche da più di dieci partiti) che hanno avuto una forte coesione. Ovviamente, in una federazione l’importanza delle coalizioni politiche nasce dalla necessità della differenziazione e della molteplicità (di lingue, di gruppi etnici, di religioni, ecc.). Proprio per garantire questa molteplicità, la forma di governo parlamentare si rivela la più idonea.

⁶ Queste elezioni saranno ricordate anche per le dimissioni di Raul Gandhi dalla guida del *Congress Party* all’indomani del risultato elettorale, fatto piuttosto eclatante visto che non ci sono precedenti nella dinastia Nehru-Gandhi.

⁷ L’*Indian National Congress* è uno dei partiti storici indiani. Si tratta di un partito laico di sinistra la cui ideologia si ispira al socialismo. E’ un partito che per lungo tempo ha goduto di una sorta di ‘rendita’ politica tipica dei partiti coinvolti nei processi post-coloniali.

⁸ D. Amirante, *Lo stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell’Unione indiana*, Bononia University Press, Bologna, 2014, 62 ss., descrive lo Stato indiano come prototipo dello Stato multiculturale, sottolineando l’originalità dell’ordinamento costituzionale indiano «per la diversificazione delle forme di riconoscimento e di tutela (...) per la quantità e la varietà di gruppi o categorie riconosciute (dalle comunità religiose a quelle tribali, a categorie svantaggiate di carattere sociale)». Sull’argomento anche R. Bhargava, *Introducing Multiculturalism*, in R. Bhargava, A.K. Bagchi, R. Sudarshan (a cura di), *Multiculturalism, Liberalism and Democracy*, Oxford University Press, New Delhi, 1999.

⁹ Si pensi, in proposito, al ruolo avuto dal Presidente francese Emmanuel Macron nel propiziare l’affermazione del partito *La République en Marche!* nelle ultime elezioni politiche francesi. Per un ampio commento, si vedano M. Calamo Specchia, *Una rilettura del ruolo del*

di essere rappresentativo costituisce un fattore importante nelle dinamiche elettorali indiane anche perché, nella forma di governo parlamentare indiana, le elezioni per il rinnovo della *Lok Sabha* costituiscono un passaggio determinante per la formazione dei governi¹⁰. La scarsa capacità di coinvolgimento dell'intera federazione indiana è stata probabilmente uno dei limiti della *leadership* di Raul Gandhi. Il discendente della dinastia Nehru-Gandhi non ha potuto fare altro che ammettere di non essere stato in grado di intercettare i consensi degli elettori, aprendo la crisi del *Congress Party* con le sue dimissioni.

Durante la campagna elettorale Modi ha puntato sul sentimento antimusulmano e sulla richiesta di sicurezza della popolazione, ponendo all'elettorato la necessità di una scelta radicale per combattere il terrorismo interno.

A ciò deve aggiungersi che, contrariamente alle aspettative, il governo Modi nei precedenti cinque anni non ha attuato particolari forzature di tipo legislativo o costituzionale¹¹, coltivando il sentimento nazionalista e di avversione per le minoranze, puntando su aspetti come quello della sicurezza nazionale più che sulla soluzione di problemi come quello economico o dell'occupazione¹². Certamente il governo Modi è stato caratterizzato da un forte accentramento del potere decisionale nelle mani del Primo ministro.

Pertanto, le ultime elezioni hanno aperto un'incognita sul futuro della democrazia indiana e sulla forma di governo parlamentare perché precedentemente non è mai esistito un partito con una maggioranza e una

Presidente della Repubblica in Francia: da de Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste, in *DPCE online*, 1, 2018, www.dpce.it; G.E. Vigevari, *Impressione: la Francia tra crisi politica e tenuta istituzionale*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, www.rivistaaic.it.

¹⁰ Se, da un lato, la forma di governo indiana è ispirata alla forma di governo del Regno Unito, bisogna però evidenziare che la sua Costituzione rivela tratti tipici come, per esempio, la mancanza di un esplicito riferimento alla separazione dei poteri piuttosto che la previsione della posizione verticistica attribuita al Presidente dell'Unione. R. Pal, *Separation of Powers*, in N.G. Jayal, P.B. Mehta (a cura di), *The Oxford Companion to Politics in India*, Oxford University Press, New Delhi, 2010, 255 ss.

¹¹ E' il caso del *National Green Tribunal* di cui era stata preannunciata la soppressione. Ma in realtà, una volta instaurato il nuovo governo nel 2014, il tribunale non è stato soppresso anche se sono stati posti in essere interventi per ridurre lo spazio di azione anche attraverso la sostituzione del *Chief Justice*. Certamente una delle accuse rivolte al Primo ministro Modi è stata quella di non aver fatto abbastanza per tutelare la minoranza musulmana, avversata dalla frangia induista sin dalla separazione del Pakistan dall'India indipendente nel 1947. Sul *National Green Tribunal* si veda di recente G.N. Gill, *Environmental Justice in India: The National Green Tribunal*, London, Routledge, 2017. Il nuovo governo è riuscito, invece, nell'intento di abrogare l'art. 370 della Costituzione indiana che regolamenta lo *status* del Jammu e Kashmir. La conseguenza di questa abrogazione è che il Kashmir non sarà più uno Stato e verrà diviso in due *union territories*.

¹² H. Kim, *Understanding Modi and minorities: The BJP-led NDA government in India and religious minorities*, in *India Review*, 16, 4, 357, il quale rileva che l'avversione per le religioni minoritarie sarebbe affiancata da «disdain for state secularism (...), opposition to article 370 of the constitution, which gives special status to Jammu and Kashmir, the demand for a Uniform Civil Code – that would abrogate Muslim Personal Law – and commitment to build a temple dedicated to deity Ram at the site of the Babri Masjid in Ayodhya (demolished in 1992)».

coesione così forti¹³. A tanto si aggiunge il timore di un aggravamento della divisione tra la maggioranza induista (circa l'80% della popolazione) e la minoranza musulmana (che rappresenta circa il 15% della popolazione, pari a circa 195 milioni di persone). Escludendo un impatto decisivo di brogli elettorali, considerato l'utilizzo del sistema elettronico utilizzato per le votazioni¹⁴, l'affermazione del BJP va ricercata altrove. In particolare, va menzionata la questione della fiducia dell'elettorato, fortemente compromessa dagli scandali che hanno colpito il *Congress Party*¹⁵. Mentre il BJP, nel corso della legislatura 2014-2019¹⁶, non ha dato adito ad alcuno scandalo e sul piano mediatico si è presentato come partito al di fuori delle vicende di corruzione. Modi, infatti, ha puntato molto sulla estraneità dai fenomeni di corruzione, dissociandosi dalla politica delle dinastie con l'intento di assicurare l'elettorato dall'intenzione di voler trarre profitti personali dalla carica politica¹⁷.

A ciò si aggiunge che la coalizione di opposizione al governo uscente non si è presentata con un programma pienamente condiviso e alcune proposte, come quelle sull'occupazione, sono state considerate dall'elettorato come irrealizzabili. Altro elemento non trascurabile è stata l'ampia partecipazione di nuovi elettori, circa 120 milioni, nati nel 1996 e cresciuti nel mito mediatico di Modi¹⁸.

¹³ T. Khaitan, *Killing a Constitution with a Thousand Cuts: Executive Aggrandizement and Party-State Fusion in India*, 6 aprile 2019 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3367266>), 9 ss.

¹⁴ Il voto elettronico è stato introdotto a partire dal 1988. Dopo una prima fase di sperimentazione è stato progressivamente esteso a tutta l'Unione a partire dal 2002. B.L. Fadia, *Indian Government and Politics*, Sahitya Bhawan Publications, Agra, 2005, 687. Il conteggio dei voti viene effettuato sotto il controllo del *Returning Officer*, funzionario della *Election Commission* preposto alla convalida delle candidature e al controllo dei seggi.

¹⁵ Nel 1947 il *Congress* portò l'India all'indipendenza, ponendo fine a ben due secoli di colonialismo britannico, segnando le sorti della democrazia indiana per lungo tempo. Tuttavia, negli anni '70 crebbe una certa insofferenza dei cittadini indiani a causa del regime autoritario introdotto dall'allora Primo ministro Indira Ghandi, che determinò la sconfitta elettorale del 1977. Da quel momento e fino al 1996, la storia politica indiana è contrassegnata dall'aggregazione di una serie di forze politiche sociali attorno al movimento nazionalista indù che avrebbe trovato poi espressione nel BJP. R. Sharma, *No Country for Strongmen: How India's Democracy Constrains Modi*, in *Foreign Affairs*, 98, 12 febbraio 2019, 97 ss. L'Autore sottolinea anche l'importanza delle alleanze con le caste e con le comunità religiose: «In some states, the "dominant" caste or religious community amounts to just ten to 20 percent of the electorate (...) As a result, the alliances required to win any state involve entirely different sets of caste and religious communities, mixed in varying proportions and led by different regional bigwigs. Multiply this confusion by 29 states, and one can begin to see why it is almost impossible to speak of an Indian election as a "national" event».

¹⁶ Sull'ascesa del BJP nelle precedenti elezioni e sulla forza carismatica di Modi, si veda P. Chibber, R. Verma, *The BJP's 2014 'Modi Wave': An Ideological Consolidation of the Right*, in *Economic and Political Weekly*, 27, 39, 2014, 51: «"Modi effect" propelled the BJP to victory in the 2014 elections. Modi's image as a Hindutva icon and pro-business reformer contributed substantially to the BJP's appeal». L'Autore sottolinea inoltre come Modi abbia rivendicato di essere stato l'artefice della crescita dello Stato del Gujarat e di proporsi, quindi, come *an efficient administrator*.

¹⁷ R. Sharma, op. cit., 105: «The BJP (...) will try to derail budding opposition alliances by casting them as cynical and unprincipled coalitions whose only common interest is power».

¹⁸ L'aspetto mediatico è tutt'altro che irrilevante nelle competizioni elettorali indiane, soprattutto per gli aspetti che riguardano la storia personale del candidato e le sue origini familiari più che per quelle legate alle capacità politiche. Per esempio, uno dei punti di forza del Primo ministro Manmohan Singh (dal 2004 al 2014) fu proprio quello di non essere stato

2. Il sistema elettorale indiano

Le elezioni indiane, che per la loro dimensione possono essere definite come elezioni continentali, hanno visto nell'ultima tornata la partecipazione di più di cento partiti ed il coinvolgimento di circa 900 milioni di elettori¹⁹. L'evento è stato fonte di problemi non solo di carattere organizzativo ma anche di ordine pubblico, per un arco di tempo di circa un mese per eleggere poco più di 500 membri di un Parlamento a bicameralismo imperfetto²⁰.

Nell'ultima tornata vi è stata una crescita della partecipazione dell'elettorato di circa il 2%, con il coinvolgimento di quasi il 67% del corpo elettorale per un totale di circa 603 milioni di voti espressi²¹ ed una significativa partecipazione al voto delle donne che in alcuni Stati (come l'Andhra Pradesh o il Tamil Nadu) è stata superiore a quella degli uomini. Il dato è particolarmente significativo se confrontato con quello della partecipazione alle elezioni negli altri paesi asiatici ma anche nei paesi che applicano sistemi elettorali di tipo maggioritario²².

Il sistema elettorale utilizzato in India è quello del maggioritario uninominale a turno secco (*first past the post*) con 545 circoscrizioni: ogni circoscrizione assegna un seggio. L'art. 82 della Costituzione prevede una ripartizione dei seggi in proporzione alla popolazione degli Stati e la delimitazione delle circoscrizioni è affidata ad una commissione indipendente, di carattere temporaneo: la *Delimitation Commission* introdotta dal *Delimitation Commission Act* del 1952, di cui il *Chief Election Commissioner* (vertice della *Election Commission*, organo indipendente che sovrintende alle elezioni) è membro di diritto.

L'adozione del sistema elettorale maggioritario è stato il risultato di un lungo dibattito in seno all'Assemblea costituente indiana che lo adottò per due ordini di motivi. Il primo fu che questo sistema risultava essere il più coerente con la forma di governo parlamentare ispirata al modello *Westminster*. Allo stesso tempo, esso garantiva una maggiore stabilità di governo, considerato che il sistema maggioritario uninominale puro prevede l'assegnazione del seggio al

mai accusato di corruzione. Sull'utilizzo dei mass media nella campagna elettorale di Modi, si veda I. Hall, *India's 2019 General Election: National Security and the Rise of the Watchmen*, in *The Round Table*, 2019, www.tandonline.com: «Money also played a key role, with far more flowing into the coffers of the BJP than into those of its opponents, facilitating a sustaining campaign of rallies, radio, television and social media advertising, and data gathering and analysis». Si veda anche C. Jaffrelot, *The Modi-centric BJP 2014 election campaign: new techniques and old tactics*, in *Contemporary South Asia*, 23, 2, 2015, 156.

¹⁹ Volendo fare un paragone con le elezioni europee del 2019, si può evidenziare che il corpo elettorale interessato è circa la metà rispetto a quello coinvolto nelle elezioni indiane. Nel 2004 gli elettori indiani erano circa 671 milioni e nel 2014 circa 814 milioni, con un tasso di partecipanti al voto sempre superiore al 60%.

²⁰ Le elezioni si sono articolate in ben sette fasi in cui le votazioni nei vari Stati non sono state tutte simultanee. Le operazioni elettorali hanno avuto inizio l'11 aprile 2019 e si sono concluse il 19 maggio 2019, con la comunicazione dei risultati il 23 maggio 2019.

²¹ Nelle elezioni del 2014 si registrò la partecipazione al voto di più di 553 milioni di elettori. Nell'ultima tornata vi è stata una crescente partecipazione al voto delle donne.

²² Solitamente la partecipazione degli elettori in paesi come la Gran Bretagna e gli Stati Uniti si attesta al di sotto del 50%.

candidato che consegue il maggior numero di voti, senza necessità di raggiungere percentuali minime. Un sistema, quindi, che, da un lato, presenta vantaggi in termini di stabilità politica e di governo ma, dall'altro, non riesce a garantire una rappresentanza proporzionale delle forze politiche in campo.

Questo dato è fondamentale per comprendere come si delineano i risultati elettorali. Infatti, nel sistema maggioritario uninominale a turno secco vi può essere una distorsione tra il numero di voti ottenuto dai partiti e quello dei seggi ottenuti in Parlamento, favorendo i partiti più grandi o comunque quelli che nelle singole circoscrizioni ottengono il maggior numero di voti²³. A questo proposito, analizzando i dati elettorali delle ultime elezioni²⁴, se si guarda al dato percentuale, la vittoria della coalizione *National Democratic Alliance* risulta essere meno schiacciante di quello che appare, con un'opposizione politica che sembra aver conservato comunque un consenso non trascurabile²⁵. In alcuni Stati, per esempio, il BJP si è aggiudicato tutti i seggi ma con percentuali che in molti casi non hanno superato il 60% dei voti. Ciò vuol dire che il restante 40% dei voti è andato praticamente perso poiché il partito che non arriva primo è come se non avesse proprio partecipato alla competizione elettorale. Nello Stato del Gujarat, dove Modi era stato Primo ministro nel 2007 e nel 2012, il BJP si è attestato al 62,2% mentre l'INC ha conseguito il 32,1%. Anche se i dati percentuali dimostrano che l'INC ha avuto una buona affermazione, il BJP ha potuto conseguire tutti e quattro i seggi presenti.

Il sistema elettorale maggioritario resta comunque consolidato nell'ordinamento indiano anche perché le distorsioni che possono verificarsi in questo sistema sono parzialmente controbilanciate dalla determinazione delle circoscrizioni su base proporzionale alla popolazione degli Stati, evitando la costituzione di circoscrizioni costruite ad arte per favorire un partito piuttosto che un determinato candidato, così rendendo le elezioni un momento di partecipazione effettiva alla vita politica del paese²⁶. Questa partecipazione passa anche attraverso il sistema di voto che viene espresso dall'elettore attraverso apparecchi elettronici, consentendo anche agli analfabeti di poter votare²⁷.

²³ Con riferimento alle ultime elezioni può essere indicativo il risultato elettorale dello Stato del Goa dove il *Congress* (INC) ha ottenuto quasi il 30% dei voti; ma il BJP, ottenendo quasi il 46% dei voti, ha avuto l'assegnazione del seggio. Come osserva G. Pasquino, *I sistemi elettorali*, il Mulino, Bologna, 1997, 34, le formule maggioritarie tendono a proteggere i partiti consolidati dai partiti più piccoli, costituendo «una forza conservatrice nel loro effetto sui rapporti tra grandi partiti consolidati e piccoli sfidanti alle loro prime prove elettorali».

²⁴ I dati delle ultime elezioni possono essere consultati sul sito della *Election Commission of India* (<http://results.eci.gov.in>).

²⁵ Come rivelano i dati percentuali dei voti conseguiti nei vari Stati. Ad esempio nello Stato del Goa, sebbene il BJP si sia attestato sul 51,2%, l'INC ha comunque mantenuto una percentuale di consensi pari al 42,9%.

²⁶ D. Amirante, *India*, il Mulino, Bologna, 2007, 85.

²⁷ D.D. Basu, *Shorter Constitution of India*, Nagpur, Butterworths Wadhwa, 2009, 2092. A partire dal 1998 anche i registri elettorali sono stati informatizzati per consentire un più rapido svolgimento delle operazioni di riconoscimento degli elettori, riducendo drasticamente l'impiego di documentazione cartacea.

Inoltre, la *Election Commission* provvede all'assegnazione di simboli facilmente riconoscibili ai partiti per agevolare gli elettori²⁸.

3. La parabola discendente del Congress Party

I risultati delle ultime elezioni indiane confermano la proiezione che autorevole dottrina ha dato dello scenario politico indiano: «Il futuro della democrazia indiana appare quindi orientato verso una valorizzazione sempre maggiore del 'federalismo politico', nel quale diventeranno determinanti le capacità dei due grandi partiti nazionali di elaborare strategie di inclusione delle realtà 'statali' nei loro programmi politici»²⁹. Inoltre, la complessità culturale della società indiana obbliga i partiti politici a creare delle coalizioni e a individuare candidati in grado di esprimere e rappresentare le identità, le religioni e le caste che cambiano di Stato in Stato³⁰.

Il BJP ed il *Congress Party* sono, in un sistema tendenzialmente bipolare come quello della forma di governo parlamentare indiana, due dei sette partiti riconosciuti e registrati (*recognised parties*)³¹ presso la *Election Commission* come *National Parties*, vale a dire come partiti che sono presenti in almeno quattro Stati dell'Unione e che hanno un'attività politica da almeno cinque anni³².

Le strategie di inclusione portate avanti dal BJP, insieme all'incapacità dell'opposizione di creare delle alternative credibili, hanno consolidato il proprio ruolo di partito di governo, risultato di una ascesa del partito nazionalista indù iniziata negli anni '80, quando si propose come alternativa al laicismo e al socialismo del *Congress Party* ispirandosi al movimento di destra *Rashtrya Swayamsevak Sangh* (RSS) in cui lo stesso Narendra Modi ebbe modo di formarsi politicamente, partecipandovi sin da giovane³³. Ma queste ultime elezioni hanno

²⁸ L'*Election Symbols (Reservation and Allotment) Order*, emanato dalla *Election Commission* nel 1968, distingue i simboli tra riservati e liberi. Ad esempio il *Congress* ha come simbolo una mano sul tricolore indiano, mentre il BJP ha come simbolo un fiore di loto arancione.

²⁹ D. Amirante, *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India contemporanea*, ESI, Napoli, 2019, 84.

³⁰ A proposito della importanza delle caste sul risultato delle elezioni, con riferimento all'affermazione elettorale del BJP nel 2014, si veda P. Chibber, R. Verma, op. cit., 50: «The BJP stitched together an unprecedented coalition of social groups. Not only did the upper castes and the Other Backward Classes (OBCs) vote for the party, but many scheduled tribes (STs) and scheduled castes (SCs) did so as well. The BJP received more votes from STs and SCs than the Congress. This has never happened before». Secondo gli Autori uno dei motivi che avrebbe determinato la vittoria del BJP nelle precedenti elezioni sarebbe stato quello di proporre nel programma di governo un minore intervento dello stato nell'economia.

³¹ Presupposto per la registrazione è che il partito abbia un'organizzazione democratica e che aderisca ai principi di unità, integrità e sovranità dell'Unione indiana.

³² Gli altri *National Parties* sono l'*All India Trinamool Congress* (AITC), il *Bahujan Samaj Party* (BSP), il *Communist Party of India* (CPI), il *Communist Party of India (Marxist)* (CPI(M)) ed il *Nationalist Congress Party* (NCP). Gli altri partiti sono classificati come *State Parties*: si tratta di partiti che hanno una connotazione prevalentemente regionale. Attualmente i partiti regionali sono circa 54 mentre più di 1600 sono i partiti c.d. *unrecognised parties*, cioè quei partiti non registrati presso l'*Election Commission*.

³³ Si tratta di un movimento che viene generalmente considerato come esempio del comunitarismo, vale a dire di quei movimenti che tendono ad affermare le esigenze di

segnato anche una possibile battuta di arresto dell'evoluzione della forma di governo parlamentare indiana basata su governi di coalizione, riproponendo un sistema a partito dominante³⁴. L'assegnazione al BJP di 303 seggi sui 353 assegnati alla coalizione *National Democratic Alliance* rivela una potenziale capacità del BJP a governare da solo, risolvendo il problema della dipendenza dagli alleati, così come si era posto nella precedente legislatura, quando fu necessario introdurre nel *Cabinet* esponenti dei partiti politici alleati.

Rispetto alle legislature del 2004 e del 2009³⁵ che avevano visto trionfare le coalizioni guidate dal *Congress Party* celebrando la realtà di tante 'Indie'³⁶, le elezioni del 2014 e del 2019 hanno invece mostrato la tendenza verso un etnonazionalismo che, attraverso la celebrazione dell'ideologia *Hindutva*³⁷, aspira ad affermare la prevalenza di una particolare visione dell'India. In realtà, le condizioni con le quali il *Congress Party* ha partecipato alle elezioni del 2019 non sono molto diverse da quelle del 2014, quando si presentò alle elezioni fortemente indebolito dagli scandali di corruzione e penalizzato dall'inesperienza del suo leader, Rahul Gandhi³⁸. In quella circostanza il BJP poteva contare sul successo soprattutto economico che Narendra Modi aveva avuto nel governare lo Stato del Gujarat³⁹. Anche in quella tornata elettorale sia la coalizione *National Democratic Alliance* che il BJP superarono le aspettative riuscendo ad ottenere

determinate comunità a scapito delle altre. A questo movimento apparteneva il giovane Naturam Godse che, il 30 gennaio 1940 a Delhi, sparò e uccise Mahatma Gandhi.

³⁴ Il sistema politico indiano si delinea come sistema tendenzialmente bipolare, con due grandi schieramenti contrapposti (*Congress*-BJP) il cui peso resta fortemente influenzato dalla capacità di realizzare alleanze con i partiti di livello regionale e di ottenere consensi a livello locale. Basti pensare alle elezioni del 1998 quando il BJP riuscì a formare un governo proprio grazie all'alleanza con partiti regionali dopo che nel 1996, pur avendo vinto le elezioni, non era riuscito a formare un esecutivo in grado di governare, con conseguente scioglimento anticipato delle Camere. Anche nella vittoria delle elezioni del 2004 da parte del *United Progressive Alliance*, a cui partecipava il *Congress Party*, l'apporto dei partiti regionali fu particolarmente significativo.

³⁵ Le elezioni del 2004 furono vinte dalla coalizione *United Progressive Alliance* (UPA), guidata da Sonia Gandhi, anche se il Premier fu poi individuato in Manmohan Singh. Altrettanto accadde nel 2009 con una significativa affermazione del *Congress Party*. C. Jaffrelot, *The BJP and the 2004 General Elections: Dimensions, Causes and Implications of Unexpected Defeat*, in K. Adeney (ed.), L. Sáez, *Coalition Politics and Hindu Nationalism*, London, Routledge, 2005, 237 ss.

³⁶ R. Sharma, op. cit., 106.

³⁷ T. Amico di Meane, *La forma di governo dell'India alla luce delle elezioni politiche del 2014: profili costituzionali*, in *DPCE*, 2015, 2, 556. L'Autore descrive l'ideologia *Hindutva* riprendendo le considerazioni di S. Khilnani, *Politics and National Identity*, in N.G. Jayal, P.B. Mehta (a cura di), op. cit., 199, il quale pone in evidenza il sospetto del movimento indù nei confronti di coloro che appartengono a religioni non originarie dell'India, considerati come cittadini secondari. In particolare, i movimenti indù tendono ad identificare l'India con l'induismo, considerando nemici coloro che professano religioni diverse, ponendosi come alternativa al patriottismo laico di Mahatma Gandhi e dei Nehru-Gandhi.

³⁸ A. Wyatt, *India in 2013: Braced for an Election*, in *Asia Survey*, 54, 1, gennaio-febbraio 2014.

³⁹ In realtà, non sono mancate le critiche al modello economico celebrato da Modi attraverso un forte indebitamento e un inasprimento dei conflitti sociali. B. M. Saavedra, *Comicios 2014 y la victoria de Narendra Modi: ¿desarrollo económico o polarización social en India?*, in *Foro Internacional*, 2016, 56, 2, 453 ss.

rispettivamente l'assegnazione di 336 e 282 seggi; mentre la coalizione *United Progressive Alliance* si fermò a 60 seggi, di cui 44 assegnati al *Congress Party*.

4. Le previsioni della Costituzione in materia di elezioni

La parte XV (*Elections*) della Costituzione indiana è dedicata specificamente al sistema elettorale (artt. 324-329). In realtà, la disciplina è completata dagli artt. 84 e 173 che individuano i requisiti per l'elettorato passivo e da una serie di provvedimenti normativi e non, alcuni dei quali adottati dalla *Election Commission*, la commissione federale indipendente prevista dall'art. 324 che sovrintende allo svolgimento delle elezioni e alla tenuta delle liste elettorali⁴⁰.

L'art. 325 della Costituzione sancisce un generale principio di eguaglianza nell'esercizio del diritto di voto in virtù del quale nessuno può essere considerato ineleggibile o incluso in una lista elettorale speciale per ragioni che riguardano la religione, la razza, l'appartenenza ad una casta, il sesso o altro⁴¹. Lo stesso articolo, nel primo comma, prevede che vi sia per ogni circoscrizione una lista elettorale generale sia per le votazioni per il Parlamento che per quelle per i Parlamenti degli Stati federati⁴².

Il diritto di voto è riconosciuto dall'art. 326 ad ogni cittadino indiano che abbia raggiunto la maggiore età (abbassata da 21 a 18 anni in seguito al *Constitution Sixty-first Amendment Act* del 1988)⁴³ ma è revocabile nel caso della perdita del requisito della residenza, in caso di incapacità o in caso di commissione di crimini o di pratiche corrotte o illegali. Alle disposizioni contenute nella XV parte della Costituzione si affiancano tutta una serie di disposizioni che disciplinano i diversi aspetti delle elezioni⁴⁴.

2687

⁴⁰ La Corte Suprema ha attribuito alla Commissione elettorale il potere di colmare eventuali lacune normative con propri provvedimenti. *Mohinder Singh Gill and Another v. The Chief Election Commissioner*, 1978 (1) SCC 405.

⁴¹ L'art. 325 costituisce un'applicazione specifica del più generale principio di eguaglianza sancito dall'art. 15 che introduce un divieto assoluto per le discriminazioni «on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them». Tuttavia, lo stesso art. 15 prevede la possibilità di azioni positive nei confronti di determinate categorie di cittadini come le donne e i bambini o nei confronti di classi di cittadini o di caste svantaggiate.

⁴² L'art. 325 può essere considerato come espressione della laicità della Repubblica indiana, che nel Preambolo della Costituzione viene definita come «Sovereign Socialist Secular Democratic Republic».

⁴³ I requisiti per l'elettorato passivo sono invece riportati negli artt. 84 e 173. Per essere eletti al *Lok Sabha* oppure come deputato di uno Stato federato occorre aver compiuto il venticinquesimo anno di età. Per essere eletto al *Rajya Sabha* occorre aver compiuto il trentesimo anno di età. In base al *Representation of the People Act*, il controllo delle candidature è effettuato dal *Returning Officer*, funzionario della *Election Commission* il quale verifica e convalida le candidature. In particolare, il *Returning Officer* accerta che i candidati abbiano i requisiti richiesti per l'elettorato passivo e che appartengano ad un partito registrato oppure siano sostenuti da almeno dieci elettori che votano nel collegio in cui intendono candidarsi.

⁴⁴ Tra gli altri si possono menzionare il *Registration of Electors Rules* del 1960, il *Code of Conduct of Election Rules* del 1961 (entrambi contengono disposizioni sulla conduzione delle elezioni), l'*Election Symbols Reservation and Allotment Order* del 1968 della *Election Commission*.

Ad esempio il *Representation of the People Act* del 1951 prevede la procedura di preparazione, revisione e aggiornamento delle liste elettorali sotto la supervisione di un funzionario presente in ogni Stato dell'Unione, il *Chief Electoral Officer*, nominato dalla *Election Commission* che si occupa, fra l'altro, dei ricorsi presentati da coloro che siano stati esclusi dalle liste elettorali e dall'esercizio del voto. La stessa legge contiene anche la definizione di partito politico: «an association or a body of individual citizens of India registered with the Election Commission as a political party».

In effetti, l'art. 327 attribuisce al Parlamento (e, in maniera similare, l'art. 328 in riferimento ai Parlamenti degli Stati federati) la possibilità di legiferare in materia di elezioni per garantire il loro corretto svolgimento. In particolare, la Costituzione fa riferimento a provvedimenti legislativi sulle liste elettorali, alla determinazione delle circoscrizioni ed in genere a tutti quegli aspetti che possono garantire la corretta formazione dell'Assemblea legislativa.

Le previsioni della Costituzione in materia di elezioni riducono in maniera significativa la possibilità di intervento del potere giudiziario, sostanzialmente limitato alle ipotesi in cui sia presentata una *electoral petition* attraverso una *High Court* per contestare il risultato delle elezioni. Diversamente, le Corti non hanno giurisdizioni sulle questioni legate all'elezione dei membri del Parlamento, ivi compresi quelli dei Parlamenti statali. Le stesse leggi adottate dal Parlamento in virtù degli artt. 327 e 328 sono sottratte al *judicial review*. Questa riserva in favore del potere legislativo sulla materia delle elezioni non ha, tuttavia, impedito una cospicua produzione giurisprudenziale della *Supreme Court* in merito all'interpretazione delle disposizioni costituzionali in tema di elezioni, assumendo una posizione di 'tutela' nei confronti dell'indipendenza della *Election Commission*⁴⁵.

5. La *Election Commission*

La Costituzione indiana non contiene una regolamentazione articolata del sistema elettorale. Per cui il contributo del Parlamento e della Corte Suprema è stato molto importante poiché hanno entrambi saputo interpretare le istanze sociali, rafforzando la fiducia verso le istituzioni, nonostante i gravi problemi di corruzione e di conflitto che caratterizzano lo scenario politico indiano. Basti pensare che le campagne elettorali sono interamente finanziate con fondi privati, inducendo i candidati a cercare il loro sostegno tra parenti e uomini d'affari. Questa 'necessità' dei candidati è avvertita negativamente dall'elettorato, la cui percezione è quella di avere a che fare con candidati poco trasparenti, motivati da interessi personali. Quindi i partiti, oltre a doversi confrontare con un elettorato complesso fatto di caste e di identità, religioni, lingue e tribù diverse, devono confrontarsi con il diffuso sospetto di corruzione.

⁴⁵ M. Katju, *Election Commission and Functioning of Democracy*, in *Economic and Political Weekly*, 29 aprile 2006, 41, 17, 1639.

Ma il contributo di Parlamento e Corte Suprema rileva anche per aver concorso a delineare un sistema di regolamentazione in grado di far funzionare un sistema elettorale di consistenti dimensioni e complessità, che attribuisce alla Commissione elettorale un ruolo particolarmente importante⁴⁶. Anche queste ultime elezioni, infatti, si sono svolte sotto l'egida della *Election Commission*, organo federale previsto dall'art. 324 della Costituzione che le attribuisce la direzione e il controllo delle liste elettorali. Più specificamente, il controllo e la revisione delle liste elettorali sono affidati al *Chief Electoral Officer*, nominato dalla *Election Commission* in ogni Stato, coadiuvato dai *District Election Officers* e dagli *Electoral Registration Officers*. La *Election Commission* costituisce, dunque, una sorta di autorità indipendente dal potere esecutivo che opera per assicurare il regolare svolgimento delle elezioni e per garantire ad ogni cittadino l'effettiva possibilità di esercitare il proprio diritto di voto⁴⁷. Le *Election Commissions* sono organi ricorrenti negli ordinamenti di *common law*, solitamente in una posizione indipendente dal potere esecutivo e da quello giudiziario, con il compito di gestire e sovrintendere a tutta l'attività elettorale⁴⁸. L'*Election Commission* è presente negli Stati Uniti, in Gran Bretagna e in diversi paesi asiatici come lo Sri Lanka, la Thailandia e le Filippine⁴⁹. Negli Stati Uniti la *Federal Election Commission* fu istituita nel 1974, attraverso la modifica del *Federal Election Campaign Act* del 1971: i suoi componenti sono di nomina presidenziale e le sue funzioni sono legate in particolar modo al controllo dei finanziamenti delle campagne elettorali⁵⁰. In Gran Bretagna, invece, sulla scorta delle disposizioni del *Political Parties, Elections and Referendums Act* del 2000, nel 2001 fu istituita l'*Electoral Commission*, presieduta da un *Chief Commissioner*, a cui partecipano

⁴⁶ A. Stepan, J. Linz, Y. Yadav, *Crafting State-Nations; India and Other Multicultural Democracies*, The Johns Hopkins University Press, 2011, Baltimore, 45 ss.

⁴⁷ Sebbene il diritto di voto non sia riportato tra i diritti fondamentali previsti dalla Costituzione indiana, la Corte Suprema ha avuto occasione di confermarne la rilevanza costituzionale, collegando sia il diritto di voto che la libertà di votare alla libertà di espressione. *People's Union for Civil Liberties & Anr. v. Union of India & Anr.* [2013] 12 S.C.R. 283; *Jyoti Basu v. Debi Ghosal* [1982] 3 SCR 318. A. Sondhi, *Elections*, in S. Choudhry, M. Khosla, P. Bhanu Mehta (a cura di), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 197.

⁴⁸ G. Pavani, *Centralità e declino dei Parlamenti occidentali in tema di controllo elettorale*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bononia University Press, Bologna, 2011, 57. L'Autrice osserva che negli Stati contemporanei una forma di controllo elettorale è sempre disciplinata a livello costituzionale o legislativo, mentre sul piano organizzativo esistono molte variabili, al punto che la dottrina fatica a collocare le singole esperienze in modelli definiti.

⁴⁹ Le *Election Commissions* sono solitamente composte da membri indipendenti rispetto agli altri poteri statali con un mandato limitato nel tempo. In alcuni ordinamenti (come per esempio in alcuni ordinamenti asiatici) le disposizioni relative alla loro composizione e alle loro funzioni sono inserite nel testo delle costituzioni.

⁵⁰ S. Pennicino, *"Autarchia" parlamentare: la verifica dei poteri. Stati Uniti d'America*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), op. cit., 60. Il sistema di amministrazione elettorale statunitense è fortemente federalizzato e la regolamentazione e la conduzione delle elezioni rientra nella competenza dei Parlamenti statali. Pertanto, la *Federal Election Commission* non svolge alcun ruolo di coordinamento, né tanto meno di garanzia e controllo dei processi elettorali.

l'*Home Secretary* ed alcuni membri (*backbenchers*) della Camera dei Comuni⁵¹. L'*Electoral Commission* si occupa della registrazione dei partiti politici e del controllo dei loro finanziamenti nonché dei controlli sulle spese durante le campagne elettorali e referendarie.

Nell'area asiatica le *Election Commissions* sono previste dalle costituzioni o dalla legge ordinaria. Tra le caratteristiche comuni vi sono la composizione con membri nominati a termine e l'indipendenza dal potere legislativo e da quello esecutivo. In Thailandia, ad esempio, è la stessa Costituzione a prevedere la Commissione elettorale, la sua composizione (un Presidente e altri quattro membri con mandato di sette anni, non rinnovabili⁵²) e le sue funzioni. Nel caso delle Filippine, l'*Election Commission* è affiancata da un tribunale indipendente per le controversie elettorali. Anche nella Costituzione dello Sri Lanka (artt. 103 e ss.) è prevista l'istituzione di una *Election Commission*, che, tuttavia, è stata insediata soltanto dal 2015⁵³. Essa è composta da tre membri nominati dal Presidente tra coloro che si siano distinti nell'ambito di attività professionali o nel campo dell'amministrazione e dell'educazione⁵⁴. Così come nel caso della *Election Commission* indiana, anche per quella cingalese è previsto che le decisioni assunte non possono essere sottoposte al vaglio degli organi giudiziari⁵⁵. L'art. 103 individua la principale funzione della Commissione nell'assicurare lo svolgimento di «free and fair elections and Referenda».

Nel caso dell'India l'intento dell'Assemblea costituente fu quello di evitare, attraverso l'istituzione della Commissione elettorale, che tanto il potere politico quanto quello giudiziario potessero ingerirsi nelle vicende elettorali. Non sono mancati, in tal senso, interventi della Corte Suprema per arginare il tentativo dei partiti politici di condizionare le decisioni della *Election Commission*, così come per circoscrivere la tempistica per le *election petitions*. La Corte Suprema ha da sempre fornito un supporto interpretativo importante nel consolidare l'indipendenza dell'*Election Commission*, attribuendole la competenza ad intervenire in qualsiasi aspetto che riguardi la condotta delle elezioni⁵⁶. Al punto che, essendo le elezioni

⁵¹ A. Torre, *Il Regno Unito*, in P. Carozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Editori Laterza, Bari, 2009, 84; J. O. Frosini, *Forme di controllo condiviso. Regno Unito*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), op. cit., 95. I membri della commissione sono nominati dalla Regina su indicazione dello *Speaker's Committee*, commissione parlamentare presieduta dal Presidente della Camera.

⁵² I componenti della Commissione sono nominati dal Re su indicazione del Senato. Per una diffusa ricognizione sulle *Election Commissions* nell'area asiatica, si veda W.C. Chang, L. Thio, K. Tan, J. Yeh, *Constitutionalism in Asia. Cases and Materials*, Hart Publishing, Oxford, 2014, 511 ss.

⁵³ S. Pennicino, *Alla ricerca della neutralità: le commissioni tecniche indipendenti. Alcuni ordinamenti asiatici*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), op. cit., 243.

⁵⁴ Per l'eventuale rimozione dei membri della Commissione, la Costituzione prevede l'applicazione della stessa procedura prevista per la rimozione dei giudici della *Supreme Court* e delle Corti di Appello.

⁵⁵ L'art. 104 H prevede la giurisdizione della *Supreme Court* «in relation to any matter that may arise in the exercise by the Commission of the powers conferred on it by the Constitution or by any other law».

⁵⁶ *Bengal Immunity Co. Vs. State of Bihar*, Air 2003 SC 87. Le competenze della Commissione sono individuate nella sentenza *Mohinder Singh Gill & Anr. Vs. The Chief Election Commission, New Delhi & Ors.*, AIR 1978 SC 581: «The Election Commission is a high-powered and

un elemento di vitalità della democrazia, essa è riconosciuta come una delle fondamenta della Costituzione indiana⁵⁷.

La Commissione elettorale fu istituita nel 1950 con lo scopo di sovrintendere alle elezioni non solo del Parlamento federale ma anche a quelle dei Parlamenti degli Stati, del Presidente e del Vice-Presidente dell'Unione. Insieme alla *Supreme Court*⁵⁸, alla *Public Service Commission* e al *Comptroller and Auditor General*⁵⁹, costituisce uno di pilastri della Costituzione indiana⁶⁰. Le sue funzioni, di tipo amministrativo, giurisdizionale e legislativo, vanno dalla registrazione dei partiti e relativi simboli di identificazione all'ubicazione dei seggi e alla gestione delle spese elettorali sostenute dai partiti politici, provvedendo alle operazioni di scrutinio e potendo eventualmente disporre la sospensione delle elezioni ove ravvisi l'esistenza di condizioni che ne possano impedire il regolare svolgimento. La Commissione può inoltre richiedere, sia al Presidente dell'Unione che al Governo di uno Stato, di mettere a disposizione il personale necessario allo svolgimento delle operazioni elettorali. In ogni caso, gli atti adottati dalla Commissione elettorale sono suscettibili di *judicial review* con i limiti di cui all'art. 329⁶¹: le corti non possono pronunciarsi sulla legittimità delle leggi che delimitano le circoscrizioni e che stabiliscono l'assegnazione dei seggi⁶²; le corti non hanno giurisdizione sulle decisioni che riguardano l'elezione dei membri del Parlamento federale e dei Parlamenti degli Stati dell'Unione⁶³.

independent body which is irremovable from office except in accordance with the provisions of the Constitution relating to the removal of Judges of the Supreme Court and is intended by the framers of the Constitution to be kept completely free from any pulls and pressures that may be brought through political influence in a democracy run on party system». Per un commento, A. Sondhi, op. cit., 202.

⁵⁷ Sull'utilizzo di strumenti del costituzionalismo occidentale per costruire una costituzione originale come quella indiana, si veda M.P. Singh, S. Deva, *The Constitution of India, Symbol of Unity in Diversity*, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 53, 2015, 649 ss.; G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, London, Oxford University Press, 2005, 8 ss. il quale mette in evidenza una certa attitudine dei giuristi indiani ad utilizzare gli strumenti del diritto comparato per la risoluzione delle problematiche legate agli istituti del sistema costituzionale indiano (si pensi al modello *Westminster* e alla stessa forma di Stato federale); D. Amirante, *La Costituzione più lunga del mondo. Elementi di base e struttura organizzativa*, in D. Amirante (a cura di), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Milano, Cedam, 2019, 41 ss.

⁵⁸ C. Petteruti, *Il sistema giudiziario indiano ed il controllo dei conti pubblici*, in D. Amirante, C. Decaro, E. Pföstel, *La Costituzione dell'Unione indiana. Profili introduttivi*, Giappichelli, Torino, 2013, 150.

⁵⁹ C. Petteruti, *Le autorità amministrative indipendenti in India*, in V. Pepe, L. Colella (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica*, ESI, Napoli, 2011, 237.

⁶⁰ L. Fadia, op. cit., 672.

⁶¹ Nel maggio del 2019 la *Supreme Court* ha respinto una petizione volta ad ottenere un controllo a campione più serrato sulla verifica dei voti espressi dagli elettori (Writ Petition (C) No. 273 of 2019). Ciò contribuisce a fornire un quadro sempre più chiaro dell'indipendenza dell'*Election Commission* e dell'estromissione delle corti in materia elettorale discendente dall'art. 329 della Costituzione indiana.

⁶² *Assn. of Residents of Mhow (Rom) v. delimitation Commission of India*, (2009) 5 SCC 404. *Election Commission of India vs Mohd. Abdul Ghani*, (1995) 6 SCC 721. A. Prakash, *Law Relating to Elections*, Universal Law Publishing, New Delhi, 2010, 85.

⁶³ Unica possibilità è quella di ricorrere ad una *High Court* attraverso una *election petition*.

In realtà, come la stessa Corte Suprema ha avuto modo di affermare, le principali funzioni previste dall'art. 324 di sovrintendenza, direzione e controllo delle elezioni sono suscettibili di un'interpretazione estensiva, riconoscendo una sorta di 'riserva di potere' che attribuisce alla Commissione la legittimazione ad intervenire su ogni questione attinente alle elezioni anche se non espressamente previsto dalla legge⁶⁴. Ciò, tuttavia, non significa che la *Election Commission* possa sottrarsi alle fonti ordinarie, sia federali che statali, che disciplinano la materia elettorale, ma piuttosto che le funzioni di sovrintendenza, direzione e controllo previste dall'art. 324 vanno ad integrare ma non a sostituire le previsioni di legge⁶⁵. Una recente sentenza del 2018 ha confermato che i poteri ascrivibili all'*Election Commission*, seppure concretamente molto ampi, sono pur sempre assoggettati alla legge: «(...) the said power has its limitations. The Election Commission has to act in conformity with the law made by Parliament and it cannot transgress the same»⁶⁶. Ciò riconduce chiaramente ad un quadro di legittimità l'azione di questo organo.

L'art. 324 della Costituzione prevede che l'*Election Commission* è presieduta dal *Chief Election Commissioner*, di nomina presidenziale, al quale si aggiungono altri *Election Commissioners*, senza tuttavia precisarne il numero. Il *Chief Election Commissioner and Other Election Commissioner Act* del 1993 ha fissato la composizione della *Election Commission* a tre membri: il *Chief Election Commissioner* ed altri due *Election Commissioners*. I membri della Commissione elettorale hanno lo stesso status dei giudici della Corte Suprema e, pertanto, la loro rimozione può avvenire soltanto con una procedura di *impeachment*⁶⁷.

2692

6. L'India è ancora la democrazia più grande del mondo ma anche la più complicata

L'ascesa di Modi e del BJP, già in occasione delle elezioni del 2014, aveva suscitato una certa preoccupazione per il pericolo di colpi di mano istituzionali e

⁶⁴ *Mohinder Singh Gill v. The Chief Election Commissioner*, AIR 1978 SC 851, in cui si legge che: «Where a law is absent, the Commission is not to look to any external authority for the grant of powers to deal with the situation but must exercise its power independently and see that the election process is completed in a free and fair manner». La Corte Suprema, pur riconoscendo una *reservoir of power* voluta dall'Assemblea costituente, afferma espressamente che la *Election Commission* «shall be responsible to the rule of law, act bona fide and be amenable to the norms of natural justice». Più di recente, *Election Commission of India v. Ashok Kumar*, AIR 2000 SC 2979; *Indian National Congress (I) v. Institute of Social Welfare and others*, (2002) 5 SCC 685. In quest'ultima sentenza viene confermato il potere della Commissione elettorale di procedere, sia pur in assenza di un potere espresso, all'annullamento della registrazione di un partito politico.

⁶⁵ D. Catalano, *Le elezioni ed i partiti politici in India*, in D. Amirante, C. Decaro, E. Pföstel, op. cit., 121.

⁶⁶ *Public Interest Foundation v. Union of India*, (2019) 3 SCC 224.

⁶⁷ Così come per i giudici della Corte Suprema (art. 124 della Costituzione), il *Chief Election Commissioner* può essere rimosso per incapacità manifesta o per cattiva condotta dal Presidente dell'Unione, previa mozione approvata da ciascuna delle Camere con il voto favorevole dei due terzi dei votanti. K.C. Markandan, *Article 324 and the Composition of the Election Commission*, in M.P. Singh, S.H. Chaube (a cura di), *Indian Constitution. A Review*, Har-Anad Publications, Delhi, 1997, 150 ss.

costituzionali finalizzati all'affermazione del nazionalismo indù⁶⁸. Queste preoccupazioni, a dire il vero, non hanno trovato riscontro sino ad oggi e nulla sembra presagire al pericolo dell'instaurazione di un regime autoritario come quello instaurato dalla metà degli anni '70 dal Primo ministro Indira Gandhi. Non c'è dubbio che le ultime elezioni hanno rafforzato l'identificazione tra Modi ed il BJP alimentando il timore, con il prossimo governo, di una personalizzazione delle istituzioni alle quali la dinastia Nehru-Gandhi e lo stesso *Congress Party* sono in passato riusciti a sottrarsi sia per la separazione dei poteri presente nell'ordinamento costituzionale indiano sia per la struttura democratica dello stesso *Congress Party*.

La forma di governo parlamentare, il federalismo, l'impronta fortemente multiculturale e i diritti contenuti nel *bill of rights* (artt. 12-35) sono elementi fortemente radicati nell'ordinamento costituzionale indiano e rappresentano i principali anticorpi a garanzia del sistema democratico. A ciò si aggiunge il ruolo determinante dell'opinione pubblica e la forza del corpo elettorale, che proprio nella vicenda di Indira Gandhi fu decisivo nell'arrestare la spinta autoritaria che la *leader* indiana aveva impresso alla forma di governo come reazione alla sua condanna per irregolarità elettorali⁶⁹. La partecipazione politica attraverso i partiti, dunque, è stata nel tempo uno dei principali antidoti ad evoluzioni antidemocratiche dell'India.

Anche le ultime vicende elettorali, insomma, confermano la straordinarietà dell'esperienza democratica indiana⁷⁰ sin dall'indipendenza dall'impero britannico conquistata nel 1947 (con la separazione dal Pakistan) maturata in una società divisa da differenze linguistiche, etniche e religiose⁷¹. Fu proprio in quel contesto

⁶⁸ Sull'argomento si veda M. Tudor, *India's Nationalism in Historical Perspective: The Democratic Dangers of Ascendant Nativism*, in *India Politics and Policy*, 1, 2018, 107 ss.

⁶⁹ A ciò si aggiunge l'intervento della Corte Suprema per impedire stravolgimenti istituzionali. Sul punto, S.P. Sathe, *Transgressing Borders and Enforcing Limits*, Oxford University Press, New Delhi, 2003, 259 ss. Si veda anche la Prefazione del volume a cura di U. Baxi il quale sottolinea come il *judicial activism* «renders unconstitutional the tyranny of majority». U. Baxi, *The Avatars of Indian Judicial Activism: Explorations in the Geography of (In)justice*, in S.K. Verma and Kusum (eds.), *Fifty Years of the Supreme Court of India: It's Grasp and Reach*, Oxford University Press, Delhi, 2000, 156 ss.

⁷⁰ A. Liphart, *The puzzle of India democracy: a consociational interpretation*, in *American Political Science Review*, 90, 2, 1996, 258. Seguendo le indicazioni dell'Autore, la conservazione delle condizioni di democrazia in un ordinamento e in una società come quelli indiani, richiede: «(1) grand coalition governments that include representatives of all major linguistic and religious groups, (2) cultural autonomy for these groups, (3) proportionality in political representation and civil service appointments, and (4) a minority veto with regard to vital minority rights and autonomy». L'Autore sottolinea che la conservazione della democrazia in India è stata possibile, nonostante le divisioni sociali, per l'utilizzo di meccanismi di ripartizione del potere.

⁷¹ E. Basile, M. Torri (a cura di), *Il subcontinente indiano verso il terzo millennio. Tensioni politiche, trasformazioni sociali ed economiche, mutamento culturale*, Milano, Franco Angeli, 63. In India, a differenza di altre realtà asiatiche come ad esempio lo Sri Lanka, la diversità è divenuta un elemento strutturale dell'ordinamento costituzionale, contribuendo a consolidare l'identificazione del popolo indiano con le istituzioni dello Stato e con la Costituzione, grazie anche ad un sistema federale basato sulla costituzione di Stati caratterizzati da basi culturali e linguistiche. Sullo Sri Lanka sia consentito il rinvio a C. Petteruti, *L'ordinamento costituzionale dello Sri Lanka fra ipersemipresidenzialismo e utopie federaliste*, in D. Amirante (a cura di), op. cit., 105 ss.

che il *Congress Party* riuscì ad affermarsi come partito nazionale e come strumento di accesso alla democrazia anche per i più svantaggiati. E fu attraverso il confronto politico con il *Congress Party* che, a partire dagli anni '90, il BJP cominciò a proporsi in maniera più concreta come alternativa politica, contribuendo a delineare un sistema bipolare. Proprio in quella fase storica furono prospettate le stesse riflessioni che oggi vengono riproposte all'indomani delle ultime elezioni: se il BJP sia in grado di affermarsi come principale partito politico per un lungo periodo di tempo. Le vicende politiche passate dimostrano che, anche se vi possono essere stati periodi di maggiore prevalenza politica di un partito rispetto ad un altro, in realtà il sistema partitico indiano è sostanzialmente rimasto di tipo bipolare, con un'alternanza al governo tra *Congress Party* e BJP. Non sono mancati ovviamente "incidenti di percorso". A parte la vicenda di Indira Gandhi, si sono verificate circostanze nelle quali l'affermazione elettorale di uno dei due partiti non abbia saputo, poi, esprimere un governo. Si pensi, ad esempio, alla vittoria elettorale del *Janata Party* del 1977 che portò il *Congress Party* all'opposizione ma che non riuscì ad esprimere un governo stabile in grado di evitare lo scioglimento del Parlamento.

Ciò che si può osservare rispetto alle ultime elezioni è che, ancora una volta, il BJP ha potuto approfittare del vuoto di credibilità del *Congress Party* che fu il motivo della crescita politica del partito indù a partire dal 1991, quando si presentò alle elezioni come partito di opposizione più forte ed in grado di poter esprimere un'alternativa di governo. Tanto che nelle elezioni del 1999, schierato con la coalizione *National Democratic Alliance*, il BJP riuscì a garantire la tenuta del governo guidato dal suo leader A.B. Vajpayee⁷².

Sicuramente gli ultimi anni hanno rafforzato la tendenza a formare coalizioni politiche nell'ottica anche di un coinvolgimento più ampio e di una maggiore capacità rappresentativa delle diverse componenti della società indiana. Ma anche nell'ottica di realizzare alleanze con i partiti regionali il cui peso politico è sempre più rilevante per l'esito delle elezioni⁷³.

Certo è che, alla vigilia della formazione del nuovo governo, la significativa affermazione del BJP ha indotto ad immaginare possibili ripercussioni sulla formazione del nuovo esecutivo, ipotizzando un ridimensionamento delle scelte di coalizione che avevano caratterizzato il precedente governo.

7. Il governo Modi 2.0 tra conferme e prospettive future

Come da prassi, quando l'esito elettorale è manifestamente chiaro il Presidente dell'Unione nomina Primo ministro il leader del partito che ha raggiunto la

⁷² Prima del 1999 c'erano stati già due tentativi di formazione di un governo di matrice indù, nel 1996 e nel 1998.

⁷³ D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, op. cit., 84. L'Autore ritiene che il futuro della democrazia indiana sarà sempre più caratterizzato da strategie di inclusione delle realtà statali nei programmi politici dei partiti, non escludendo la possibilità «di periodi, anche lunghi, di egemonia di un singolo partito, soprattutto se in grado di esprimere una forte *leadership* carismatica».

maggioranza relativa⁷⁴. Il Primo ministro, infatti, viene solitamente individuato tra coloro che hanno il maggior sostegno in seno alla Camera bassa in modo da assicurare la stabilità e la longevità del governo. In verità, la Costituzione indiana contiene una disciplina abbastanza sintetica sulla formazione del governo, caratterizzata prevalentemente da convenzioni costituzionali. Pertanto, l'art. 75 della Costituzione si limita a prevedere che il Presidente dell'Unione indiana nomina il *Prime Minister* e i ministri che formano il Consiglio, su indicazione del Primo ministro, che, secondo prassi consolidata, devono fare necessariamente parte del Parlamento⁷⁵.

L'art. 75 della Costituzione prevede che in ogni caso il numero dei ministri (compreso il Primo ministro) che compongono il Consiglio dei ministri non può superare il 15% del numero totale dei membri del Parlamento. Rispetto al numero massimo di 81 membri che avrebbero potuto comporre il nuovo Governo, il 30 maggio 2019 il Primo ministro Modi ha proposto al Presidente dell'Unione indiana R.N. Kovind la nomina di 58 ministri (alcuni dei quali già componenti del primo governo) tra *Cabinet Ministers* e *Ministers of State*, assegnando i dicasteri principali ad esponenti del BJP.

Nel precedente governo Modi aveva limitato il numero dei ministri a 51, riducendone considerevolmente il numero rispetto a quello precedente (che ne contava più di 80), aumentando il numero di deleghe attribuite a ciascuno⁷⁶.

Considerata la schiacciante vittoria elettorale, c'era da aspettarsi che Modi riproponesse un esecutivo ristretto, con un numero relativamente limitato di ministri e la possibilità di attribuzione di più deleghe, nonché un numero altrettanto ristretto di componenti del *Prime Minister Office*. Questa impostazione aveva in passato suscitato la preoccupazione, specialmente in un contesto internazionale, di una deriva autoritaria che Modi avrebbe impresso all'India, mettendo in crisi il sistema democratico del Paese. Al punto che fu azzardata la necessità di una ri-concettualizzazione della forma di governo in ragione di una

⁷⁴ In realtà, anche quando ci sono stati esiti elettorali incerti, il Presidente di turno ha sempre nominato Primo ministro il leader del partito che aveva preso il numero più alto di voti o comunque quello maggiormente in grado di formare governi di coalizione.

⁷⁵ D.D. Basu, *Introduction to the Constitution of India*, Wadhwa Nagpur, New Delhi, 2005, 188. La Corte Suprema nel giudizio *R.K. Jain vs Union of India*, 1993 AIR 1769, 1993 SCR (3) 802, definisce il Cabinet come *policy formulating body* e come *a general, controlling body*. M.P. Jain, *Indian Constitutional Law*, Delhi, Lexisnexis, 2010, 180, il quale definisce il *Cabinet* come organo extra-costituzionale e di natura convenzionale. A ben vedere, la Costituzione contempla solo Primo Ministro e Consiglio dei Ministri, nulla disponendo in merito al *Cabinet*, formato soltanto da alcuni ministri (scelti dal Primo ministro), che assume un ruolo centrale nella definizione dell'indirizzo politico e delle scelte economiche. Tuttavia, solo il Consiglio dei ministri è collettivamente responsabile verso la *House of People* alla quale è legata dal vincolo di fiducia. Il *Cabinet*, invece, è un organo di coordinamento dei ministeri tanto che i suoi membri sono in una posizione più elevata rispetto agli altri ministri del Consiglio (*Ministers of State*) e ai *Deputy Ministers* che svolgono una funzione di assistenza per gli altri ministri.

⁷⁶ Sul punto si veda T. Amico di Meane, op. cit., 562, il quale evidenzia che: «La scelta di Modi di ridurre drasticamente il numero di Ministri non risponde perciò a vincoli formali, bensì ad un impegno di natura politica, conseguenti ad una campagna elettorale all'insegna del mantra del *'maximum governance'* e *'minimum government'*».

maggiore impronta presidenziale che sarebbe stata impressa dal *leader* del BJP⁷⁷. In realtà, consapevole evidentemente della capacità del corpo elettorale di reagire ai tentativi di svolta autocratica, durante il proprio governo il Primo ministro Modi non ha realizzato forzature di tipo legislativo o costituzionale, tanto che oggi l'accostamento al premierato di Indira Gandhi appare inappropriato⁷⁸. Tuttavia, l'abrogazione dell'art. 370 della Costituzione conferma la forza politica di cui dispongono Modi ed il BJP. Probabilmente le ultime elezioni hanno confermato una personalizzazione della vita politica e il passaggio da un sistema politico bipolare ad un sistema politico a partito dominante. Se ciò, poi, può rendere necessaria una ri-concettualizzazione della forma di governo indiana, è tutto da verificare considerata la complessità dell'ordinamento costituzionale indiano. A Modi bisogna riconoscere soprattutto la capacità di aver saputo intercettare le aspettative del popolo indiano nella fase precedente alle ultime elezioni, in un momento in cui i sondaggi rivelavano un calo di consensi per lui e per il BJP. La crescita economica ridotta, il fallimento sulle politiche dell'occupazione e l'introduzione di nuove tasse hanno sicuramente segnato l'elettorato, proiettando una situazione tutt'altro che favorevole al governo uscente. La capacità di Modi è stata quella di cambiare l'immagine proposta all'elettorato, passando dal ruolo di *'development man'* (*Modi the vikas purush*) a quella di *'watchman'* (*Modi the chowkidar*), proponendosi come difensore dell'India dai nemici interni ed esterni, sfruttando il sentimento anti-musulmano e anti-pakistano⁷⁹. La risposta all'attentato di Pulwama (distretto del Jammun e Kashmir) del febbraio 2019 e la distruzione missilistica di un satellite in orbita, come dimostrazione della capacità dell'India di difendersi anche dagli attacchi provenienti dallo spazio, hanno rappresentato due occasioni per dimostrare concretamente l'impegno del governo nella sicurezza nazionale. Evidentemente l'elettorato ha creduto molto più in questa politica che in quella portata avanti dall'INC di Gandhi, le cui proposte di garantire un sussidio minimo a tutti gli indiani e di incrementare il lavoro, la salute e l'educazione, oltre che la tutela dell'ambiente, sono state considerate poco credibili.

Modi si è inoltre impegnato nel promuovere una politica estera⁸⁰ finalizzata a rinnovare il ruolo dell'India sul panorama internazionale soprattutto dal punto

⁷⁷ D. Shrimankar, *Lok Sabha Election 2014: An Overview*, in *Lokniti Newsletter*, giugno 2014.

⁷⁸ Il riferimento è al rafforzamento del ruolo del Primo ministro, carica che Indira Gandhi rivestì alla fine degli anni '60 ed agli inizi degli anni '70 del Novecento, arrivando a concentrare su di sé i ministeri più importanti e a ricorrere alla dichiarazione dello stato d'emergenza previsto dall'art. 352 della Costituzione per sedare i movimenti di opposizione civile al governo che decretarono la sua sconfitta elettorale nel 1977. Per un approfondimento, D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, op. cit., 77 ss.

⁷⁹ I. Hall, *India's 2019 Genral Election: National Security and the Rise of the Watchman*, in *The Round Table*, 108, 5, 2019, 5: «What is plain, however, is that Pulwama and the Indian military action that followed allowed Modi and the BJP to shift the election debate away from economic issues and onto the much safer ground – for the government – of national security».

⁸⁰ S. Ganguly, *Has Modi Truly Changed India's Foreign Policy?*, in *The Washington Quarterly*, 40, 2, 2017, 132. L'Autore sottolinea come la politica estera di Modi sia stata caratterizzata dall'abbandono del non-allineamento che invece era stato sostenuto dall'ex Primo ministro Jaeharlal Nehru.

di vista economico, intessendo rapporti con gli altri Stati per favorire investimenti nel paese. Non a caso, sebbene il governo uscente non avesse risolto le questioni tutt'ora aperte in India, come quella dell'occupazione e del futuro dell'economia, anche questa volta le elezioni sono state accompagnate da un rialzo della borsa indiana con valori record, che testimoniano il gradimento dei mercati rispetto alla prosecuzione dell'esperienza del governo Modi, ritenuto in grado di portare avanti i piani di miglioramento delle infrastrutture e di accesso ai servizi finanziari. D'altra parte, il BJP si è sempre ispirato ad un modello di stato neoliberale che in tempi più recenti ha portato il partito a scelte diverse da quella di trasformare l'India in uno Stato indù. A dire il vero, il proselitismo indù non sembra essere stata la principale aspirazione del governo Modi, che ha avuto nella passata legislatura un atteggiamento più moderato. D'altra parte, la forte connotazione multiculturale dell'India rappresenta un 'ostacolo' rispetto all'idea di realizzare l'*Hindu Rashtra* (lo Stato Indù)⁸¹.

Ancora una volta, dunque, il successo del nuovo governo Modi si giocherà sulla capacità di affrontare le questioni economiche del Paese e di saper comunicare alla popolazione i risultati raggiunti più che sulla capacità di portare avanti battaglie di tipo ideologico-religioso.

⁸¹ Sulla storia del movimento Hindu si veda C. Jaffrelot, *The Hindu Nationalist Movement in India*, New York, Columbia University Press, 1993.

**“Not an aberration but a variation of sexuality”¹.
Considerazioni sull’apporto del diritto costituzionale
(comparato e) “trasformativo” nel caso *Navtej Singh Johar v. Union of India***

di Giovanna Spanò

Abstract: “Not an aberration but a variation of sexuality”. An insight on the impact of “transformative” constitutional (and comparative) law in the *Navtej Singh Johar v. Union of India* case – Il 6 settembre 2018, la Corte Suprema indiana, con la decisione *Navtej Singh Johar v. Union of India*, ha definitivamente depenalizzato i rapporti omosessuali. Ne verrà, allora, ripercorso il *reasoning*, con il fine di valutare l'emersione di un nuovo *trend* del costituzionalismo dei diritti, con fisionomia marcatamente transnazionale. Inoltre, la ridefinizione della contemporanea tenuta dei diritti fondamentali in India, attraverso un approccio “trasformativo”, intreccia il discorso universalista con un particolarismo “modulato”, dettato dai molteplici livelli di fonti presenti nell'architettura generale del sistema. In simile contesto, il ruolo del diritto comparato si è rivelato, senz'altro, determinante.

2699

Keywords: LGBT Rights; Fundamental Rights; Transformative Constitutional Law; Comparative Law and Courts; Constitutional Developments.

1. Premessa

Trascorso un anno dalla storica decisione della Corte Suprema, vale la pena ripercorrere le tappe salienti di una pronuncia destinata a riscrivere parte della storia dei diritti fondamentali in India, passaggio che, peraltro, si è inserito in un percorso decis(iv)o della Corte in tale direzione.

Il 6 settembre 2018, in merito alla *Writ Petition (Criminal) No. 76 Of 2016*, la Corte Suprema indiana, con la (già) storica *decision Navtej Singh Johar v. Union of India*², si è pronunciata a favore della depenalizzazione dei rapporti omosessuali. Nonostante il caso per cui sia stata adita non riguardasse, direttamente, la tutela

¹ Espressione impiegata dalla Corte Suprema indiana in apertura del Par. 13 del *judgement*, (p. 13). Questo pensiero viene ripreso nel Par. 19, (p.46): “[...] Consensual relationships between adults cannot be classified along with offences of bestiality, sodomy and non-consensual relationships. Sexual orientation is immutable, since it is an innate feature of one’s identity, and cannot be changed at will. The choice of LGBT persons to enter into intimate sexual relations with persons of the same sex is an exercise of their personal choice, and an expression of their autonomy and self-determination”.

² Si segnala, inoltre, il contributo di L. Giacomelli, «I am what I am, so take me as I am» e il carattere «trasformativo» dei principi costituzionali: la Corte Suprema indiana depenalizza i rapporti omosessuali, gennaio 2019, consultabile su www.federalismi.it.

dei diritti LGBT³, la Corte ha colto l'occasione per censurare la *Section 377* del codice penale, in materia di atti “contro natura”. La statuizione si inserisce, confermandolo, in un *trend* che la vede nettamente focalizzata sulla promozione e sullo “stato” dei diritti delle minoranze⁴ nel proprio ordinamento⁵. A cominciare dal riconoscimento degli *hijra* quale “terzo sesso”⁶, passando, poi, per la declaratoria di incostituzionalità del *talaq* quale forma di ripudio non consentito⁷ – neanche alla stregua di *personal law* – la decisione *Navtej Singh Johar v. Union of India* in commento si iscrive in un solco che, seppur non del tutto delineato, risulta coerente con una giurisprudenza sempre più sensibile verso tali tematiche. La medesima Corte sembra ripercorrere pedissequamente simili tappe nel proprio giudizio, trattando simultaneamente elementi che, di fatto, si presentano, almeno a primo acchito, disomogenei⁸.

I dati da porre immediatamente in rilievo sono, comunque, duplici e, a prima vista, forse, contraddittori. Da un lato, infatti, la giurisprudenza della Corte è apparsa, nei suoi snodi fondamentali, tutt'altro che lineare, registrando “fasi” di chiusura e timidi accenni di apertura, fino al recente *revirement* che ha consegnato l'attesa e definitiva ridefinizione dei rapporti omosessuali da illecito penale a esplicazione della sfera più intima dell'identità di un individuo. Dall'altro lato, si deve rimarcare la prospettiva scelta dalla Corte anche in questo caso, ovvero un avvicinamento alle rivendicazioni del contesto globale (“universalista”), non senza una precisa e specifica attenzione verso il contesto (locale e) “particolare”.

³ Il caso posto all'attenzione della Corte era rivolto, più che altro, a valutare una questione attinente alla privacy, intesa nella sua più generale accezione. Tale esito, infatti, è risultato inatteso.

⁴ Nel Par. 19 (ii) del judgement è scritto, chiaramente (enfasi aggiunta): “Fundamental Rights are guaranteed to all citizens alike, irrespective of whether they are a numerical minority. Modern democracies are based on the twin principles of majority rule, and protection of fundamental rights guaranteed under Part III of the Constitution. Under the Constitutional scheme, while the majority is entitled to govern; the minorities like all other citizens are protected by the solemn guarantees of rights and freedoms under Part III” (p. 47). Per una “mappatura” delle questioni si vedano, tra gli altri, M. Waites, *Human rights, sexual orientation and the generation of childhoods: analysing the partial decriminalisation of ‘unnatural offences’ in India*, *The International Journal of Human Rights*, 2010, Vol.14(6), pp. 971-993; M. Geetanjali, *Decriminalising homosexuality in India*, *Reproductive Health Matters*, 2009, Vol.17(34), pp. 20-28; K. Sinha-Kerkhoff, V. Sinha, *Community integration of people with nonheterosexual identities in Indian society: An integrated and intersectional approach*, *Indian Journal of Social Psychiatry*, 2018, Vol.34(4), pp. 296-302.

⁵ Per un quadro generale, si rinvia a S. Sen, *The Constitution of India: popular sovereignty and democratic transformations*, New Delhi, Oxford University Press, 2011; J.K. Mittal, *Right to equality and the Indian Supreme Court*, *The American Journal of Comparative Law*, 1965, vol.14(3), pp. 422-458.

⁶ Si tratta della nota *National Legal Services Authority v. Union of India and others* (NASLA) del 2014. Per alcuni approfondimenti generali, si vedano M. Sibsankar, *The hijras of India: A marginal community with paradox sexual identity*, *Indian Journal of Social Psychiatry*, 2018, Vol.34(1), pp. 79-85; V. Dutoya, *Defining the “queers” in India: The politics of academic representation*, *India Review*, 2016, Vol.15(2), pp. 241-271.

⁷ *Shayara Bano and others v. Union of India and others*, del 2017.

⁸ V. Kolmannskog, *Love in Law – The Indian Supreme Court decides in favour of LGBT persons*, Chr. Michelsen Institute (CMI Brief no. 2018:06); C. A. Mackinnon, *Sex equality under the Constitution of India: problems, prospects, and “personal laws”*, *i-con*, volume 4, number 2, 2006, pp. 181-202.

Proprio la dottrina della “non retrogressione”⁹, peraltro, è stata alla base del *reasoning* della Suprema Corte nel (ri)definire la contemporanea tenuta dei diritti fondamentali in India, rispetto all’architave generale disegnato dalla Costituzione, la quale viene da essa stessa definita “trasformativa”, in linea con una certa tendenza attuale del costituzionalismo, nel senso più lato che al termine possa darsi.

L’intenzione di un’operazione che miri a “trascendere i confini” risulta interessante, sia per ciò che attiene alla combinazione, appunto, tra il richiamo al contesto globale e la valorizzazione del dato locale, sia per il peso dell’eredità coloniale in materia di reati “contro natura”, emblema di come la *transplantation* di istituti o, in generale, di modelli, possa tradursi, negli effetti, in soluzioni paradossali. In aggiunta, lo sguardo che la Corte rivolge al di là della prospettiva squisitamente interna è confermato dal richiamo, ancora una volta effettuato, verso le soluzioni altrove adottate per lo più per via giurisprudenziale, in vista di una maggiore giustiziabilità dei diritti afferenti alla sfera dell’orientamento sessuale. Il diritto comparato, allora, si mostra – come già accaduto in alcune decisioni della Corte, in merito ad altre tematiche – cartina di tornasole per ottenere una mappatura complessiva sulla concreta promozione dei diritti in questione, nonché per favorire la circolazione di pronunce di diverse Corti apicali, distanti geograficamente, ma piuttosto “contigue” nel garantirne la promozione.

Nell’analisi che seguirà si ripercorrerà il ragionamento compiuto dalla Corte, per poi provare a intercettare la reale emersione di un (rinnovato?) costituzionalismo dei diritti, con fisionomia, per così dire, marcatamente transnazionale, oppure per prendere atto di una graduale – ma, pare, inarrestabile – convergenza tra differenti realtà, tanto ordinamentali, quanto, più specificamente, costituzionali¹⁰.

2701

2. *Constitutional morality* v. *Social morality*: tra identità, dignità e “legalità” della discriminazione

Prima di inquadrare in cosa si concretizzi la contesa tra *Petitioners* e *Respondents*, qualche spunto di riflessione scaturisce già a partire dall’introduzione al caso su cui la Corte viene chiamata a pronunciarsi e aspetti fondamentali non tardano a

⁹ “The State has to show concerned commitment which would result in concrete action. The State has an obligation to take appropriate measures for the progressive realization of economic, social and cultural rights. The doctrine of progressive realization of rights, as a natural corollary, gives birth to the doctrine of non-retrogression. As per this doctrine, there must not be any regression of rights. In a progressive and an ever-improving society, there is no place for retreat. The society has to march ahead. The doctrine of non-retrogression sets forth that the State should not take measures or steps that deliberately lead to retrogression on the enjoyment of rights either under the Constitution or otherwise”, Parr. 188-189, (p. 117).

¹⁰ Sul ruolo della comparazione e la convergenza, la resistenza o l’*engagement*, cfr., V. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, Harvard Law Review, vol. 119, no. 1, 2005. Per un inquadramento “empirico” della questione, si rimanda a B. Flanagan, S. Ad Ahern, *Judicial decision-making and transnational law: a survey of common law Supreme Court judges*, iclq vol. 60, 2011, pp. 1-28.

emergere. In effetti, il Supremo giudice indiano esordisce esponendo e illustrando elementi decisamente generali, nella loro connotazione, ma, al contempo, cruciali per l'esame della questione *de qua*, giacché costituiscono la base ineliminabile – il cardine principale – dell'intero *reasoning* successivamente sviluppato e approfondito.

Il preliminare punto trattato, infatti, concerne il concetto di "individualità", che, secondo la Corte, coinvolge (e impone) una valutazione sotto i suoi sfaccettati rinvii, e che risulta, qui, strettamente correlato a quello di "identità", non solo definito come "*pivotal to one's being*", ma meritevole di riconoscimento costituzionale, in quanto "filamento della vita" e, infine, "equivalente", addirittura, alla divinità.

Per la loro centralità, l'identità e la "natura" appaiono indissolubili e, nonostante tale richiamo non appaia scevro da dubbi interpretativi e il principio stesso della "naturalità" di un elemento soggettivo sia quantomeno scivoloso, l'equazione tracciata viene impiegata esclusivamente per meglio sottolineare l'esigenza che ciascun individuo possa e, anzi, debba, considerarsi un "tutto" con i diritti di cui è titolare. Con metodo, per così dire, hohfeldiano¹¹, la Suprema Corte individua un *core*, un nucleo centrale da cui prendere le mosse e, poi, una serie di ulteriori principi che si diramano fino a formare la "personalità" nel suo complesso e nella sua complessità. Chiaramente, tale parte irretrattabile attiene alla dignità del soggetto, nella quale l'identità confluisce, fino a identificarsi:

"Destruction of individual identity would tantamount to crushing of intrinsic dignity that *cumulatively encapsulates* the values of privacy, choice, freedom of speech and other expressions"¹².

In linea con quanto affermato in precedenza, rispetto a una considerazione congiunta tanto delle questioni relative al genere, quanto di quelle riguardanti l'orientamento sessuale, la Corte richiama il proprio precedente statuito in *National Legal Services Authority v. Union of India and others* (NASLA), in merito all'identità *transgender*. Il ricorso al contenuto di tale giudizio trova spiegazione, non soltanto per sottolineare il ruolo che ha lì rivestito l'identità come "valore" *per se* dotato di autonoma considerazione, ma poiché la Corte ne ha fatto discendere dei corollari di non secondaria importanza. Innanzitutto, la definizione dell'identità (di genere) come uno degli aspetti "fondamentali" della vita e della "intrinseca percezione" che ciascuno ha di sé¹³. Secondariamente, e *a contrario*,

¹¹ È nota la ricostruzione di Hohfeld, per cui ciascun diritto soggettivo sia un *cluster*, composto da un nucleo essenziale, detto *core* e una serie di fasce di ulteriori posizioni soggettive. Cfr. L. Baccelli, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Bari, Laterza, 2009, soprattutto pp. 86 e ss. Cfr., inoltre, G. Pino, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, Materiali per una storia della cultura giuridica", 2009, 2, pp. 487-506.

¹² *Introduction*, Par. 4, (p. 6).

¹³ Per «orientamento sessuale» si intendono le relazioni tra individui di un genere diverso o dello stesso genere o più di un genere, mentre con l'espressione «identità di genere» si fa riferimento all'esperienza individuale del genere, che può corrispondere o meno al sesso assegnato alla nascita, compreso il senso del proprio corpo.

essa ha certamente a che fare con la discriminazione e può divenirne fonte: da qui, peraltro, l’esplicita connessione tra il genere e il sesso.

La Corte, infatti, nel caso della pronuncia NASLA, fornisce un’interpretazione estensiva degli articoli 15 e 16 della Costituzione, i quali, se a livello letterale dispongono in relazione al “sesso”, ben possono riferirsi – e divenire parametro in sede di giudizio di costituzionalità – anche per le tematiche ascrivibili al “genere”, poiché essi non si occuperebbero di tutelare la mera accezione “biologica” del termine, ma includerebbero anche la “considerazione” che un individuo possa avere rispetto a esso. Allo stesso modo, sebbene rovesciando la prospettiva, la Corte conferma questa visione anche nel caso in esame.

D’altro canto, medesimo parallelismo viene effettuato a proposito della legalità della “circostanza” soggettiva nel suo insieme. Probabilmente, non si tratta di valutarne l’eventuale dimensione di anti-giuridicità, che, tuttavia, ha prevalso fino alla succitata pronuncia, ma di cogliere quali risvolti un riconoscimento di legittimità di simile *status* possa comportare sul piano del godimento dei diritti fondamentali, proprio in quanto situazione giuridica meritevole di tutela che emerge insieme con altri principi, valori e diritti, la cui effettività dipende, appunto, da un comportamento “positivo” da parte dell’ordinamento.

Il passaggio logico di simile citazione, quindi, implica che l’identità abbia, *de iure*, un nesso inscindibile con la garanzia dei diritti fondamentali¹⁴, anche in questo caso, in senso onnicomprensivo di “fasce” di situazioni giuridiche tra loro interdipendenti¹⁵.

È in simile direzione che viene, poi, in rilievo la distinzione tra *social morality* e *constitutional morality*, la quale sembra essere intesa in senso più generale e “a-tecnico”, rispetto a ciò che l’espressione potrebbe evocare. Per chiarire quanto affermato, è auspicabile affidarsi alle stesse parole impiegate dalla Corte, la quale argomenta:

“The question that is required to be posed here is whether sexual orientation alone is to be protected or both orientation and choice are to be accepted as long as the exercise of these rights by an individual do not affect another’s choice [...]. At the core of the concept of identity lies self-determination, realization of one’s own abilities visualizing the opportunities and rejection of external views with a clear conscience that is in accord with constitutional norms and values or principles that are, to put in a capsule, —constitutionally permissible. As long as it is lawful, one is entitled to determine and follow his/her pattern of life. And that is where the distinction between constitutional

¹⁴ “The aforesaid judgment, as is manifest, lays focus on inalienable gender identity and correctly connects with human rights and the constitutionally guaranteed right to life and liberty with dignity. It lays stress on the judicial recognition of such rights as an inextricable component of Article 21 of the Constitution and decries any discrimination as that would offend Article 14, the “fon juris “of our Constitution”, Par. 8 dell’*Introduction*, (p. 9).

¹⁵ Si legge, in proposito, parafrasando anche la *concurring opinion* del Justice Sikri in NASLA: “gender identification is an essential component which is required for enjoying civil rights by the community. It is only with this recognition that many rights attached to the sexual recognition as third gender would be available to the said community more meaningfully [...] But search for identity, in order to have apposite space in law, sans stigmas and sans fear has to have the freedom of expression about his/her being which is keenly associated with the constitutional concept of identity with dignity”, *Ibidem*, Par. 9, (pp. 8-9).

morality and social morality or ethicality assumes a distinguished podium, a different objective”¹⁶.

Il “conflitto” tra *constitutional morality* e *social morality*, da un punto di vista giuridico, potrebbe risultare, dunque, inconsistente.

Finché una condotta risulti esplicazione della libera scelta dell’individuo, non pare accettabile che la promozione di diritti fondamentali soccomba di fronte a regole di mera condotta sociale. In sostanza, in virtù del riconoscimento giuridico, la *social morality* è destinata a cedere, soprattutto se assuma le sembianze dello stereotipo, dello stigma e del diseguale accesso alla vita pubblica. L’unico discrimine che possa atteggiarsi come valido è costituito dalla presenza del *consenso* e il rapporto deve coinvolgere due adulti (con)senzienti. Non vi sarebbe, dunque, altro limite invalicabile alla parificazione di esso alle situazioni etero-normate e, di fatto, è proprio questo il terreno su cui i ricorrenti insistono maggiormente e su cui la Corte, successivamente, disquisisce per giungere alla declaratoria di incostituzionalità.

2704

3. La rilevanza e il difetto di “consenso”: le istanze delle parti in causa

Il Supremo Giudice, come accennato, circoscrive la problematica saliente del giudizio all’interpretazione della *Section 377*, la quale, seppur abbia negato un riconoscimento “nella sua forma più piena” ai rapporti sessuali considerati “contro natura” e, conseguentemente, conculcato il diritto a esprimere una libera scelta degli individui coinvolti dalla sua lapidaria lettera, ha registrato fortune avverse (e inverse) in *Suresh Kumar Koushal and another v. Naz Foundation and others* del 2014 e in *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others*, pronuncia, quest’ultima, resa dalla *High Court* di Delhi, nel 2009¹⁷.

Nel *Writ Petition (Criminal) No. 76* del 2016 il fine per cui la Corte è adita concerne, principalmente, il diritto alla sessualità, quello all’“autonomia” sessuale e, non da ultimo, il diritto alla scelta di un *partner*, la quale precisazione pone

¹⁶ *Ibidem*, Par. 9, (pp. 9-10).

¹⁷ (2014) 1 SCC 1; (2009) 111 DRJ 1. Per un approfondito *excursus*, soprattutto per ciò che concerne il “peso della comparazione” nell’“avvicinamento” (o allontanamento) tra le rivendicazioni di diritti nel contesto globale, e quelle ottenute in ambito “locale”, si rimanda a P. Passaglia, *La depenalizzazione della sodomia tra adulti consenzienti in India: una battaglia ideale combattuta con l’arma della comparazione*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2009, pp. 1564-1570. Nel contributo citato, viene approfondita la pronuncia della *High Court* di Delhi, la quale ha censurato la sanzione prevista dalla *Section 377*, in relazione al rapporto tra adulti consenzienti, rispetto agli articoli 14, 15, e 21. La disposizione in questione è stata, dapprima, eliminata “virtualmente” e, successivamente, “riesumata” attraverso una pronuncia della Corte Suprema, la quale, nel 2014, ha capovolto l’esito in sede di impugnazione. Si sottolinea, inoltre, la singolare “quiescenza” di una norma, per un periodo di quattro anni, anche in relazione al (classico) principio del “vincolo del precedente”. La dinamica appena descritta viene scandagliata anche in M. Rospi, *La Supreme Court indiana «resuscita» il reato di sodomia*, *il Foro italiano*, 2014, IV, 334. Per approfondimenti generali, si rimanda a R.R. Puri, *Sexual states: governance and the struggle over the antisodomy law in India*, *International Feminist Journal of Politics*, 2017, Vol.19(2), pp. 278-279; S. Alankaar, *Decriminalising queer sexualities in India: a multiple streams analysis*, *Social Policy and Society*, 2008, vol.7(4), pp. 419-431; Y. Yuvraj, *The Case for Repeal of India’s Sodomy Law*, *South Asia: Journal of South Asian Studies*, 2010.

l'accento in maniera assai più netta sull'*orientamento*, più che sull'*atto* o la *condotta*, con un lieve slittamento che esprime qualcosa in più di una semplice formula “di principio”. Non appare strano, appunto, che i richiamati articoli 14 e 15 della Costituzione siano affiancati e corroborati, nel ricorso oggetto dell'analisi, dall'articolo 21, vero e proprio parametro su cui si vaglia la costituzionalità della disposizione contenuta nella *Section 377* del *Penal Code*, e, dunque, della sua coerenza con il diritto alla vita lì tutelato. Il principale limite riscontrato aveva a che fare con una irragionevole prevalenza e preferenza verso la percezione sociale, che era risultata determinante, in senso negativo, per decretare la recessività dell'orientamento sessuale individuale nella pronuncia della Corte Suprema del 2014, a differenza di quanto affermato nel 2009 dalla *High Court* di Delhi. Peraltro, all'articolo 21, dalla dizione troppo sintetica per operare simile salto logico, era stato anteposto l'articolo 14, su cui la Corte ha, poi, fatto affidamento in *Suresh Kumar*. Nonostante la tiepida apertura mostrata in *K.S. Puttaswamy and another v. Union of India and others*, del 2017¹⁸, in cui la maggioranza dei *Justices* si è espressa per reputare l'orientamento sessuale quale “essential component of rights guaranteed under the Constitution”, si controdeduceva, al contempo, che questi ultimi non fossero “formulated on majoritarian favour or acceptance”. In aggiunta, la *concurring opinion* del *Justice Kaul* sottolineava nell'occasione citata come la libertà individuale, nella duplice accezione relativa tanto alla vita sessuale, quanto alle relazioni personali, “countervails public interest”¹⁹.

2705

Decisivo, nel caso NASLA, la riconsiderazione stessa di ciò che possa rientrare “nell'ordine di natura”, *vis-à-vis* la morale sociale, nonché a proposito del ruolo privilegiato del diritto nell'accompagnare, pedissequamente, le trasformazioni che si registrino a livello di società civile e di mutata sensibilità verso l'effettività dei diritti delle minoranze.

Pur rimarcando l'essenzialità del consenso prestato da due individui adulti, sì da tutelare i minori e potenziali abusi a loro detrimento, viene, infatti, statuito che:

“The determination of order of nature is not a constant phenomenon. Social morality also changes from age to age. The law copes with life and accordingly change takes place. The morality that public perceives, the Constitution may not conceive of. The individual autonomy and also individual orientation cannot be atrophied unless the restriction is regarded as reasonable to yield to the morality of the Constitution. [...] A section of people or individuals who exercise their choice should never remain in a state of fear. When we say so, we may not be understood to have stated that there should not be fear of law because fear of law builds civilised society. But that law must have the acceptability of the Constitutional parameters”²⁰.

Posta tale doverosa premessa, circa il *background* giuridico che ha giustificato l'evoluzione poi concretizzatasi nella decisione in esame, si analizzeranno, di seguito, i punti sollevati dai *Petitioners* e dai *Respondents*. Per quanto riguarda i

¹⁸ (2017) 10 SCC 1.

¹⁹ [2008] EWHC 1777 (QB).

²⁰ *Introduction*, Par. 12, (p. 14).

primi, essi sono sintetizzabili, sostanzialmente, in due rilievi principali. Da una parte, essendo superata da tempo la teoria secondo la quale l'omosessualità costituisca patologia psichiatrica, nessun passo decisivo è stato mosso affinché la caduta del pregiudizio fosse accompagnato dalla possibilità di vivere una vita degna in ogni sua sfaccettatura, a cominciare dal godimento di diritti civili, fino a terminare con quelli sociali, dovendo temere il giudizio dei pari e, contemporaneamente, subire discriminazioni (non troppo) larvate da parte dello Stato²¹. Dall'altra, la *Section 377* sottoposta a censura, rappresenta una norma antecedente alla Costituzione e, purtuttavia, mantenuta in "vita" anche successivamente all'entrata in vigore di quest'ultima, in forza dell'articolo 372, e della presunzione di costituzionalità, in tal caso vigente, che cederebbe, secondo i *Petitioners*, di fronte alla manifesta violazione dei propri diritti fondamentali, perdendo, di conseguenza, rilevanza di filtro al ricorso. In relazione al primo punto, si segnala il richiamo alla decisione *Indra Sarma v. V.K.V. Sarma* del 2013²², in tema di convivenze di fatto, in cui già emergevano le criticità relative a un accesso parziale, se non del tutto inesistente, al lavoro, ai diritti testamentari, alle cure mediche, nonché alle coperture assicurative. Essendosi, poi, rafforzate le garanzie con il *Protection of Women from Domestic Violence Act*, del 2005, a favore di diverse tipologie di "coppie di fatto", i ricorrenti hanno obiettato come ingiustificata la mancata estensione di simili tutele anche alle relazioni *same-sex*. Come ricorda la stessa Corte, retaggio della mentalità vittoriana (ma si potrebbe risalire sino al *Buggery Act* del 1533), un'alienazione obbligata e un'emarginazione imposta si presentano, senz'altro, lesive del principio fondamentale della libertà personale, là dove, secondo un'anacronistica impostazione, le relazioni non "idonee alla procreazione" dovevano restare taciute o, comunque, non ricevevano considerazione alcuna, se non per finalità sanzionatorie. Inoltre, a parere dei *Petitioners*, la sentenza NASLA si rivelerebbe, ancora una volta, decisiva, poiché non appare sufficiente un formale riconoscimento giuridico di gruppi minoritari, se alcune condotte da essi posti in essere – dalla mera "visibilità", fino all'esplicazione della vita sessuale – siano atte a tradursi in estremi di reato.

Rispetto alla seconda pretesa avanzata dai ricorrenti, poi, essa si sostanzia nel denunciare una violazione dei propri diritti fondamentali come "manifestly clear", che "strikes at the very root or substratum of their existence". In ragione di tali considerazioni:

"the presumption of constitutionality is merely an evidentiary burden initially on the person seeking to challenge the vires of a statute and once any violation of fundamental rights or suspect classification is prima facie shown, then such presumption has no role"²³.

Essendo, inoltre, l'orientamento sessuale un corollario "naturale" dell'identità di genere (sic!), questo appare senza dubbio tutelabile sotto l'usbergo

²¹ Cfr., C. Hutton, *Legal sex, self-classification and gender self-determination*, Law and Humanities, 2017, vol.11(1), pp. 64-81; S. Winter, *Lost in transition: transpeople, transprejudice and pathology in Asia*, The International Journal of Human Rights, 2009, Vol.13(2-3), pp. 365-390.

²² (2013) 15 SCC 755.

²³ *Introduction*, Par. 19, (p. 21).

dell'articolo 21 della Costituzione, talché ciascuna discriminazione sofferta e subita dalla comunità LGBT si pone in contrasto sia con il respiro generale e le finalità prime (*mandate*) di essa, sia con il punto di vista esposto dalla medesima Corte in NASLA. Viene richiamata anche la decisione *K.S. Puttaswamy*, là dove si valuta l'orientamento sessuale come aspetto connesso al diritto alla *privacy*, inferendo da ciò che, in assenza di riconoscimento, la vita di un individuo sarebbe ridotta a mera e cruda “sopravvivenza”, e a *Shakti Vahini v. Union of India and others*²⁴, oltretutto *Shafin Jahan v. Asokan K.M.*²⁵, nelle cui ultime si declina, *sub specie* di dignità individuale, il diritto alla scelta “autonoma” del proprio *partner*, in virtù degli articoli 19 e 21 della Costituzione. Interessante appare, senza dubbio, il parallelismo operato tra la situazione in analisi e quella delle “persone che sfidano le convenzioni sociali”, per contrarre un matrimonio interreligioso o tra caste differenti, almeno per ciò che attiene alla conseguente disapprovazione e alla necessità di un intervento in merito della Corte, quale “ultimo arbitro”, trattandosi pur sempre di promozione di diritti “fondamentali”.

Si dovrebbe, innanzitutto, considerare la scarsa chiarezza della definizione fornita dalla stessa *Section 377*, almeno nella parte in cui non si premura di specificare in *cosa* si sostanzia il rapporto contro l’“ordine di natura”, precisazione che non trova riscontro neanche in altre fonti²⁶. Non sarebbe, quindi, opportuno distinguere tra un rapporto sessuale “naturale” e uno “innaturale”, non solo perché – come affermato già nel 2008 in *Anuj Garg and others v. Hotel Association of India and others*²⁷ – la valenza di una classificazione ben può risentire di obsolescenza in base al cambiamento delle norme sociali di riferimento, ma anche in ragione del fatto che una relazione consensuale considerata “illecita” in quanto contro l’“ordine di natura” tradisce un punto di vista viziato da “manifest arbitrariness at the fulcrum” (*Shayara Bano v. Union of India and others*, 2017). Proprio il consenso, appunto, renderebbe inconciliabile simile visione con gli articoli 15 e 19 della Costituzione, non mostrandosi, peraltro, la *Section 377* come eccezione ragionevole e meritevole di essere sollevata. Nei casi *Kishore Samrite v. State of U.P. and others* e *Umesh Kumar v. State of Andhra Pradesh and another*, entrambi del 2013²⁸, viene nominata anche la reputazione quale elemento afferente al diritto alla libertà personale e alla vita, alla sicurezza di ciascun individuo, nonché al diritto di “possedere” una abitazione.

²⁴ (2018) 7 SCC 192.

²⁵ AIR 2018 SC.

²⁶ “Section 377 does not define “carnal intercourse against the order of nature”. Even though the provision is facially neutral, the Petitioners submit that the thrust of this provision has been to target the LGBT community in light of the colonial history of anti-sodomy laws, and penalise what was perceived to be ‘deviant’ or ‘perverse’ sexual behaviour” Par. 6.5 (p.5). La Corte aggiunge: “The expression ‘carnal intercourse’ used in Section 377 is distinct from ‘sexual intercourse’ which appears in Sections 375 and 497 of the IPC. The phrase “carnal intercourse against the order of nature” is not defined by Section 377, or in the Code” Par. 12.2, (p. 10).

²⁷ (2008) 3 SCC 1.

²⁸ (2013) 2 SCC 398; 16(2013) 10 SCC 591.

Sicuramente decisiva appare la circostanza per cui in *Suresh Koushal*²⁹, la *Section 375* del codice penale sia stata modificata per rendere lecita la “carnal intercourse against the order of nature” tra uomo e donna, residuando ingiustificatamente quella tra individui omosessuali “as an offence, even if it is consensual”, come la stessa Corte non tarda a rilevare.

Le obiezioni sollevate dalla *Union of India*, sebbene meno dettagliate, sembrano insistere sui medesimi punti, in senso chiaramente opposto³⁰. In particolare, preme notare come, se per i ricorrenti è la stessa Costituzione a imporre una parificazione tra le situazioni giuridiche citate, in virtù di una tessitura garantista che non tollera limitazioni alcune alla dignità e al diritto alla vita, proprio sullo stesso piano, seppur invertito, si basano le repliche addotte. L’atto di “abuse one’s organs” non avrebbe nulla di consentito, giacché:

“[such acts] are undignified and derogatory to the constitutional concept of dignity and if any infraction is caused to the concept of dignity, then it would amount to constitutional wrong and constitutional immorality”³¹.

Il richiamo alla Costituzione, insomma, avrebbe un limite. Specificamente, strumentalizzare il diritto alla *privacy* e alla libertà personale, in aperta trasgressione della morale pubblica, rappresenta richiesta esorbitante rispetto alla già ampia considerazione che i diritti LGBT hanno conseguito “exhaustively” grazie alla pronuncia NASLA. Come prevedibile, alla naturalità dello “stato di cose” viene eccepito l’altrettanto importante ruolo “ordinatore” del nucleo familiare e del matrimonio (eterosessuale), i quali ne sortirebbero compromessi in modo irreparabile, tenuta di conto la possibilità di una strisciante corruzione di giovani, dietro la promessa di denaro. Peraltro, una chiusura appare più netta di quelle appena esposte: un diffuso riconoscimento dei rapporti omosessuali in diverse parti del mondo, non solo esime l’India dall’uniformarsi a qualcosa non avvertito come coerente con il proprio sistema (valoriale, più che giuridico), ma, in senso ancora più pregnante, non obbliga lo Stato indiano a considerare “per buono”, e senza beneficio di inventario, tutto ciò che dall’“esterno” possa essere proposto. La sua intrinseca multiculturalità e la ricchezza etnica vengono, qui, impiegate per respingere soluzioni che, se considerate lecite per alcuni, non possono avere l’ultima parola, né incontrare il “consenso” di “tutti”. I diritti fondamentali, infatti, non sono assoluti, né assolutizzabili.

Degna di menzione è l’utilizzazione *a contrario* delle potenzialità della circolazione dei modelli e degli effetti, talvolta nefasti, dei trapianti. Trascurando il dato per cui il reato di sodomia discenda da prescrizioni antecedenti alla stagione costituzionale indiana, i convenuti, citando il caso *Fazal Rab Choudhary v. State of*

²⁹ (2014) 1 SCC 1.

³⁰ L’*Union of India* aveva promosso un *affidavit* nel luglio 2018, affinché: “with respect to the Constitutional validity of Section 377 insofar as it applies to consensual acts of adults in private”, la *Union* “would leave the said question to the wisdom of this Hon’ble Court”, Par. 5 (p.3).

³¹ Par. 39, (p. 32).

*Bihar*³², in cui la stessa Corte aveva trattato il tema in esame, e il contenuto della *Section* sottoposta a censura come ipotesi di perversione sessuale, affermano lapidari:

“there should not be identical transplantation of Western ideology in our country which has also been a matter of concern for this Court in *Jagmohan Singh v. State of U.P.*”³³.

In aggiunta, l’interesse del singolo non dovrebbe mai essere considerato preminente rispetto a quello dello Stato nel suo complesso, e i principi fondamentali di “governo” mai recessivi nei confronti di ciò che possa essere valutato come fondamentale nella vita di un individuo. Le insidie non sono di poco conto. Si potrebbe, ad esempio, estorcere il consenso per timore, minaccia o morte in caso di rifiuto, per alterazione psico-fisica e procurata incapacità, e, ancora, per assenza di consapevolezza in merito alle conseguenze “reali” della propria condotta. Quindi, non si rasenta alcuna violazione dell’articolo 14, poiché lo Stato ha il potere di decidere come e cosa normare, anche in materia di azioni positive; non si pone alcun contrasto con l’articolo 15, giacché l’orientamento sessuale non rientra nei divieti di discriminazione ivi esplicitamente previsti, e l’inclusione di esso accanto alla dizione riguardante il “sesso” *sic et simpliciter* non ammette interpretazione estensiva, ma semmai, richiederebbe un emendamento *ad hoc*.

Trattandosi, dunque, di “social experiments with unpredictable outcome”, né i Principi di Yogyakarta³⁴, né la Corte possono addentrarsi fino a sconfinare nella discrezionalità del Legislatore, dovendosi appellare – massimamente, nel caso in esame – al proprio, proverbiale, *self-restraint*³⁵.

Proprio sulla necessità di “guardare altrove” e sull’indispensabile carattere trasformativo della Costituzione indiana, la Corte fonderà, invece, il proprio convincimento.

4. La Costituzione come “organic Charter of progressive rights”. Ipotesi di costituzionalismo trasformativo e il “peso” della comparazione

³² (1982) 3 SCC 9.

³³ Par. 55, (p. 40).

³⁴ I Principi di Yogyakarta per l'applicazione delle leggi internazionali sui diritti umani in relazione all'orientamento sessuale e identità di genere, siglati nella omonima città indonesiana nel 2006 da un *panel* di esperti in materia di diritto internazionale e diritti umani, rappresentano il primo strumento di diritto internazionale – invero, preceduti dalla poco «fortunata» Dichiarazione di Montréal – esplicitamente rivolti alla tutela, la garanzia e la promozione dei diritti legati all’orientamento sessuale e all’identità di genere e, quindi, nella fattispecie, dei soggetti gay, transessuali, bisessuali e intersessuali. I ventinove punti così suggellati si pongono il fine di creare uno *standard* internazionale universale e vincolante, cui i diversi Paesi devono uniformarsi in materia di politiche di riconoscimento volte a inibire ed eliminare asimmetrie e discriminazioni nei confronti di individui LGBTI, nonché a fronteggiare casi di violenza e criminalizzazione di condotte legati al genere e all’orientamento sessuale.

³⁵ Letteralmente: “the Court must [...] refrain from giving birth to judicial legislation. In the applicant's view, the legislative wisdom of the Parliament must be respected and it must be left to the Parliament to amend Section 377 IPC, if so desired”, Par. 61 (pp. 42-43).

Nel caso *Chief Justice of Andhra Pradesh and others v. L.V.A. Dixitulu and others*³⁶, dell'anno 1979, e *Saurabh Chaudri and others v. Union of India and others*³⁷ la Costituzione viene definita come un organismo “vivente e strutturato”, dotato di anima e coscienza autosufficiente, con “pulsanti battiti” che promanano “from the spinal cord of its basic framework”, fino a innervare l'intero corpo alle sue estremità.

A parte la descrizione figurata, merita notare come tale natura organica implichi la sua connaturata elasticità all'adattamento ai tempi, alle esigenze e alle urgenze, sì che il diritto *debba* mutare, in consonanza con l'espansione degli “orizzonti” del diritto costituzionale. Scongiurando che simile trasformazione snaturi l'identità ordinamentale di ciascun sistema, infatti, è auspicio della Corte che tutti gli organi giurisdizionali apicali cavalchino questo *trend*, a favore di un interventismo crescente che consenta alle singole Costituzioni di intercettare le “ever-changing circumstances”³⁸. Ed è qui che il ruolo delle Corti appare accentuato, instillando “linfa vitale” nel tessuto dispositivo delle Carte fondamentali e limitando il rischio che residuino quale “lettera morta”.

Il medesimo approccio sarebbe da adottare, secondo la Corte, nei confronti dei diritti fondamentali, a proposito della loro promozione, poiché un *bilanciamento* costante tra principi, che fornisca “vitalità” alla Costituzione, è un dinamismo richiesto e necessario ai fini di un'interpretazione evolutiva degli stessi. Questi ultimi appaiono, per primi, refrattari alla cristallizzazione, e una staticità mal si presta al loro contenuto intrinsecamente trasformativo: sono i diversi “tempi”, poi, a “illustrare e illuminare” il significato latente delle espressioni usate, come la Corte precisa richiamando la pronuncia resa in *Video Electronics Pvt. Ltd. and another v. State of Punjab and another*³⁹, del 1990.

Non appare casuale che da ciò derivi il rimando, tanto alle soluzioni giurisprudenziali adottate da altre Corti apicali, quanto al diritto internazionale⁴⁰.

Rispetto al primo punto, vengono chiamate in causa le decisioni *Re: Same Sex Marriage* e *State of Missouri v. Holland*, rispettivamente rese dalla Corte Suprema canadese nel 2004 e da quella statunitense nell'ormai lontano 1920⁴¹. Nel senso

³⁶ (1979) 2 SCC 34.

³⁷ (2003) 11 SCC 146.

³⁸ Così si legge, infatti, nel Par. 19 (iv) del *judgement*: “once it is brought to the notice of the Court of any violation of the Fundamental Rights of a citizen, or a group of citizens the Court will not remain a mute spectator, and wait for a majoritarian government to bring about such a change. Given the role of this Court as the sentinel on the qui vive, it is the Constitutional duty of this Court to review the provisions of the impugned Section, and read it down to the extent of its inconsistency with the Constitution”, (p. 49). Tramite una spiegazione dal respiro sociologico, poi, i *Respondents* fanno notare, citando la dottrina di Friedmann, come il biasimo nei confronti di una condotta e la proibizione degli atti che ne discendano, è specchio di ciò che una data società consideri meritevole di condanna, in base ai valori fondativi stessi che la governano nei diversi luoghi e tempi, fino a giungere alla previsione di una sanzione penale se il comportamento valutato come riprovevole lo richieda per la sua “condivisa” gravità.

³⁹ (1990) 3 SCC 87.

⁴⁰ Si segnala, al riguardo, l'analisi di M. Kirby, *Constitutional Adjudication and Learning from Each Other a Comparative Study*, Oxford University Commonwealth Law Journal, 2012, Vol.12(2), pp.371-388.

⁴¹ [2004] 3 S.C.R. 698; 252 U.S. 416 (1920).

dell'emersione di un “costituzionalismo trasformativo”⁴² vengono menzionati degli esempi paradigmatici. Tra questi spiccano, innanzitutto, quelli provenienti dalla Corte Suprema del Sudafrica, e rappresentati dai casi *Road Accident Fund and another v. Mdeyide* del 2008, e *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v. Minister of Environmental Affairs and Tourism and others* risalente al 2004⁴³, in cui si tratta esplicitamente della Costituzione come fonte “trasformativa”. Ancora, sono richiamate due decisioni del 1997 e del 2001 della Corte Suprema del Sudafrica⁴⁴, a proposito della garanzia di uguale dignità da riconoscere a ciascun individuo, nonché il rilievo per cui:

“The Constitution is located in a history which involves a transition from a society based on division, injustice and exclusion from the democratic process to one which respects the dignity of all citizens and includes all in the process of governance. [...] This spirit of transition and transformation characterises the constitutional enterprise as a whole”⁴⁵.

Sempre in materia di dignità e libertà personali, nuovamente rimando è effettuato alla Corte statunitense, segnatamente alla decisione del caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* del 1992, insieme con la citazione della sentenza *P v. S* della Corte di giustizia dell'Unione europea⁴⁶. In tema di approfondimento del concetto di “orientamento sessuale” e per più puntuali spunti definitivi, la Corte indiana si rifà al commento del giudice della *High Court* australiana, Michael Kirby, per poi considerare, di nuovo, l'omologo organo canadese, in relazione alla decisione *James Egan and John Norris Nesbit v. Her Majesty The Queen in Right of Canada and another*, del 1995⁴⁷. Per ciò che attiene ai profili afferenti alla *privacy*, vengono segnalate le decisioni: *Bowers, Attorney General of Georgia v. Hardwick et al.* e *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v. Minister of Justice and others*, rese da Corti facenti parte di contesti geografici piuttosto diversificati⁴⁸.

Per quanto attiene al diritto internazionale, invece, chiaro riferimento viene effettuato alla “classica” Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, e ai Principi di Yogyakarta, salvo poi, in un paragrafo dedicato alle “prospettive internazionali”, ritornare alla rassegna pedissequa di casi giurisprudenziali, ordinati in base alla

⁴² “The expression transformative constitutionalism can be best understood by embracing a pragmatic lens which will help in recognizing the realities of the current day. Transformation as a singular term is diametrically opposed to something which is static and stagnant, rather it signifies change, alteration and the ability to metamorphose. Thus, the concept of transformative constitutionalism, which is an actuality with regard to all Constitutions and particularly so with regard to the Indian Constitution, is, as a matter of fact, the ability of the Constitution to adapt and transform with the changing needs of the times”, *Section H*, Par. 96, (p. 66). Si veda, poi, S. H. Rudolph, *The Indian Supreme Court and politics*, the Journal of Asian Studies, 1 May 1981.

⁴³ 2008 (1) SA 535 (CC); [2004] ZACC 15.

⁴⁴ *President of the Republic of South Africa v. Hugo*, (1997) 6 B.C.L.R. 708 (CC); *Investigating Directorate: Serious Economic Offences and others v. Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd and others: In Re Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd and others v. Smit NO and others*, 2001 (1) SA 545 (CC).

⁴⁵ Par. 105, (p. 71).

⁴⁶ 505 U.S. 833 (1992); C-13/94.

⁴⁷ [1995] 2 SCR 513.

⁴⁸ 478 U.S. 186 (1986); 1998 (12) BCLR 1517 (CC).

Corte di competenza⁴⁹. Si ritrovano, allora, gli Stati Uniti, il Canada, il Sud Africa, il Regno Unito e la Corte Suprema filippina⁵⁰.

Una lettura sistematica del giudizio impone, inoltre, di valutare il *focus* esplicitamente dedicato dalla Corte al costituzionalismo trasformativo quale chiave di volta *in materia* di diritti LGBT⁵¹. Si nota, infine, una convergenza volontaria – processo, invero, già inaugurato dal Supremo Giudice indiano – verso il panorama “altro”, con un tentativo di superamento del *background* giuridico particolaristico. Nonostante, quindi, l’India si (rap)presenti quale coacervo di soluzioni giuridiche e inestricabile insieme di diritti “personali” a più livelli, l’attrazione verso il dato universale appare un processo avviato e inarrestabile.

2712

5. Della dottrina della “progressiva realizzazione” a quella della “non retrogressione”. Un inedito esempio di “costituzionalismo” dei diritti?

Ripercorrendo le tappe salienti dell’analisi, non può non notarsi il ruolo egemonico che la *Constitutional morality* ha rivestito nei confronti di modelli di condotta sociali, considerati, non solo superati, ma in contrasto con lo spirito dinamico della Carta fondamentale. Nel dichiarare incostituzionale la *Section 377* del *Penal Code*⁵² “so far as it penalizes any consensual sexual relationship between two adults, be it

⁴⁹ Per un’analisi di respiro più ampio, cfr., N. Robinson, *Structure matters: the impact of court structure on the Indian and U.S. Supreme Courts*, The American Journal of Comparative Law, 2013, Vol.61(1), pp. 173-208; N. Jain, *the democratizing force of international law: human rights adjudication by the Indian Supreme Court*, Comparative International Law, pp. 319-336; P.R. Chowdhury, *Judicial activism and human rights in India: a critical appraisal*, The International Journal of Human Rights, 15:7, 2011, pp. 1055-1071: “There is a general belief or understanding that the Supreme Court of India, and the High Courts under its leadership, have been particularly creative and imaginative in the development of the constitutional and common law of this country. And this despite that the Indian Constitution does not afford the same scope of judicial activism/creativity to the courts as does the US Constitution. Further, over the years, the scope of some of the fundamental rights has been curtailed by constitutional amendments, and, thus, the scope of judicial review has been further restricted [...]. In spite of all this, in many cases, the Supreme Court has displayed judicial creativity of a very high order, for example, in *Kesavananda* and in expanding the scope of Article 21. It must not go unnoticed that the judiciary while giving a soothing decision in the historic case of *Mumbai Kamgar Sabha v. Abdul Bhai*, introduced the doctrine of judicial activism but without its nomenclature”, (p. 1060); S.K. Verma, *Fifty years of the Supreme Court of India: its grasp and reach*, Oxford University Press, 2000; R. Sen, *India’s Democracy at 70: The Disputed Role of the Courts*, Journal of Democracy, Volume 28, Number 3, 2017, pp. 96-105.

⁵⁰ Rispettivamente: per ciò che concerne gli Stati Uniti *Roberts v. United States Jaycees* 468 U.S. 609 (1984), *Price Waterhouse v. Hopkins* 490 U.S. 228 (1989), *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003), *Obergefell, et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* 576 US (2015); per il Canada, *Delwin Friend and others v. Her Majesty the Queen in Right of Alberta and others* [1998] 1 SCR 493; per il Sudafrica la già citata *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v. Minister of Justice and others* 1998 (12) BCLR 1517 (CC); per il Regno Unito, *Euan Sutherland v. United Kingdom* 2001 ECHR 234; per le Filippine, *Ang Ladlad LGBT Party v. Commission on Elections* G. R. No.190582, Supreme Court of Philippines (2010).

⁵¹ La sezione H. Par. 95, (p.65), reca come titolo “Transformative constitutionalism and the rights of LGBT community”.

⁵² Poiché in contrasto con gli articoli 14, 15 e 21 della Costituzione indiana, posti, rispettivamente, a tutela dell’uguaglianza, come divieto di discriminazione e a garanzia della *privacy*.

homosexuals (man and a man), heterosexuals (man and a woman) or lesbians (woman and a woman)”, il Giudice indiano sembra offrire qualcosa di più di un’“emersione dalla minorità” (in senso kantiano) dei diritti LGBT. Con la dovizia che distingue lo stile delle sue decisioni, infatti, la Corte traccia le fila di un fenomeno che, da locale, assume proporzioni globali, intercettando, non tanto le numerose rivendicazioni sul tema, ma esplicitando, in un certo senso, la “nota” convergenza tra Corti, tramite una certissima mappatura dell’attivismo di queste ultime. Pare, insomma, consacrarsi una sorta di diritto giurisprudenziale transnazionale, in cui il diritto comparato, da strumento di classificazione e circolazione dei modelli, diventa protagonista indiscusso del cambiamento di prospettiva. Non scevro da dubbi legittimi, quali inevitabili derive di annichilimento e appiattimento del dato particolare su quello internazionale, e un dannoso (ma inarrestabile?) “appiattimento” delle soluzioni rese, il filone sembra in crescita e in progressiva strutturazione. Che il diritto sia ormai “trasformativo” nella sua essenza è reso evidente dalla fusione tra più fonti e più livelli⁵³, che, nella loro stratificazione, conferiscono a esso profili sempre cangianti, i cui elementi ben possono atteggiarsi a seconda dei diversi *layers*, o della prevalenza di uno o di un altro tra questi.

Quale che sia l’esito, ovvero l’attestarsi su un catalogo di diritti “virtuali” sempre giustiziabili, al netto delle previsioni costituzionali interne e, inoltre, al di là dei vincoli impressi dall’adesione ai trattati internazionali, oppure una *trump card*⁵⁴ da giocare al momento opportuno, usufruendo della “tenuta” dei diritti altrove ottenuta, è ardua risposta.

Indubbiamente, non può trascurarsi l’attenzione crescente verso dei diritti che, promananti sì da Costituzioni “vitali”, dotate di “corpo, carne, sangue, anima e coscienza”, assumono però, a loro volta, fisionomia (auto)sufficiente, in uno sforzo di (auto)promozione, che, come notato, trascende i “confini” in senso letterale⁵⁵. E anche questo appare procedimento a “formazione progressiva”, in cui le singole decisioni, rese in contesti ordinamentali (e costituzionali) sensibilmente distanti, inseriscono dei tasselli per la creazione di un “ordine pubblico internazionale ideale”, che non dovrebbe mai trascurare, tantomeno sottovalutare, la sfera di rivendicazioni situate, particolari e “relative”⁵⁶. In ogni caso, la produzione stessa

⁵³ Sull’argomento, si veda S. Lierman, *Law as a complex adaptive system*, Maastricht J. Eur. Comp. L., Vol 21, Issue 4, 2004, pp. 611-629.

⁵⁴ La paternità di tale espressione è riconducibile alla ricostruzione di Ronald Dworkin. Si rimanda, quindi, a R.M. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

⁵⁵ Non a caso, nella *Section G*, Par. 85, (p. 59), si legge: “The rights that are guaranteed as Fundamental Rights under our Constitution are the dynamic and timeless rights of ‘liberty’ and ‘equality’ and it would be against the principles of our Constitution to give them a static interpretation without recognizing their transformative and evolving nature”.

⁵⁶ Cfr., tra gli altri, F. Tedesco, *Diritti umani e relativismo*, Bari, Laterza, 2009; L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell’universalismo*, Roma, Carocci, 2000; L. Baccelli, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, op. cit.; M. Riegner, *How Universal Are International Law and Development? Engaging with Postcolonial and Third World Scholarship from the Perspective of Its Other*, *Verfassung Und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol. 45, no. 2, 2012, pp. 232-248; G. Beck, *The normative and conceptual contestability of human rights*, *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual*

di diritto “particolare” (*rectius*, “particolaristico”) assume sempre nuove fisionomie, dando linfa a soluzioni sperimentate (d)all’interno del modello (altro) di riferimento, oppure indirizzando gli effetti dei “trapianti” verso direttrici e prospettive, non tanto inattese, quanto inedite.

Non peregrinamente, tra l’altro, la Corte indiana trova decisivo il rimando alla “doctrine of no retrogression”, come corollario indefettibile della primaria dottrina della “progressive realization” dei diritti fondamentali. Non solo, cioè, non si può “tornare indietro”, anche rispetto all’inserimento in un contesto di tutele “allargate” e a maglie “sfuggenti”, ma la stessa idea di un’evoluzione costante del diritto costituzionale non può non rispondere agli echi di un costituzionalismo “trasformativo” e sempre in divenire.

2714

Tale circostanza porta a riflettere anche sulla possibilità di enucleare una (o più) ipotesi di costituzionalismo dei diritti, rilevando come questi ultimi *possano* fare la differenza, soprattutto in casi di inerzia politico-legislativa, nonché di ruolo suppletivo e proattivo delle Corti apicali. Che le Costituzioni non debbano più considerarsi solo in senso “anatomico” è statuizione assodata, che i diritti possano “fuoriuscire” da esse, per poi ri-definirle e rinnovarle è questione da accertare, in una “marcia espansiva” di cui il costituzionalismo dei diritti si fa testimone, e non già ultima meta. In questo contesto, la tutela giurisdizionale, oltre ad apparire essa stessa pervasiva, può risultare indispensabile⁵⁷. Probabilmente, solo l’osservazione da qui in avanti potrà fornire la controprova per confermare e cristallizzare il processo appena descritto. Appare chiaro, però, che ciò stia avvenendo attraverso

Review of Law and Ethics, vol. 15, 2007, pp. 659–698; J. Donnelly, *The Relative Universality of Human Rights*, Human Rights Quarterly, vol. 29, no. 2, 2007, pp. 281–306, *Universal Human Rights in Theory and in practice*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1989; M. Goodhart, *Origins and universality in the human rights debates: cultural essentialism and the challenge of globalization*, Human Rights Quarterly, vol. 25, no. 4, 2003; A. An-Na’im, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, Pennsylvania University Press, 1992; per un universalismo minimalista cfr. A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Bari, Laterza, 2009; S. Pahuja, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and The Politics of Universality*, New York, Cambridge University Press, 2011. A proposito delle qualità “duali” del diritto internazionale. Si afferma, infatti, che esso presenta “both an imperial and a counter-imperial dimension. If the dual quality were ‘real’, it would manifest itself not only in the approach of the scholarly work of international law’s ‘critical friends’, but would also play out in the institutional life of international law”. A proposito della “narrazione” circa l’universalismo del diritto internazionale (anche per ciò che concerne, specificamente, la dimensione e i “cataloghi” di diritti), l’autrice afferma come non si tratti di una situazione di “either/or”, ma, piuttosto, di “both/and”. Più chiaramente: “international law was neither still imperial nor newly liberatory – and yet it was both. There was both a continuity with, and a break from, the overtly imperial period [but] the universalisation of international law did not bring the new equality it promised”, (pp. 10 ss).

⁵⁷ Cfr., G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti: aspirazioni e aporie*, Bologna, Il Mulino, 2017. Più specificamente, merita segnalare come “[...] nel diverso contesto dello Stato costituzionale e del costituzionalismo dei diritti, invece, il riconoscimento di sempre nuovi diritti passa anche e soprattutto per le vie dell’azione giudiziaria e dell’interpretazione giuridica [...]”. Di conseguenza, una prima aspirazione del costituzionalismo contemporaneo potrebbe essere definita come la marcia espansiva dei diritti, e correlativamente dei loro strumenti e organi di garanzia, innanzitutto di tipo giudiziario”, (p. 54). Si veda, inoltre, l’analisi di R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.

un passaggio dall’“età dei diritti”⁵⁸ all’“age of balancing”⁵⁹, i cui termini non sono più rappresentati dai singoli principi (interni) a ciascuna Costituzione, ma da un più lato e indefinito test di proporzionalità con soluzioni tratte anche da fonti esterne.

⁵⁸ In tale frangente, Bobbio discuteva, ad esempio, la validità euristica della ricerca del “fondamento” dei diritti fondamentali. Si rimanda, pertanto, a N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1965.

⁵⁹ G. Pino, *supra*, p. 144. In riferimento all’aspetto del bilanciamento, in aggiunta, si richiama, del medesimo autore, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

Parlamenti e Parlamentarismo nel Diritto Comparato

Atti del V Convegno Biennale dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo
Roma Tre – 25 e 26 ottobre 2018

A cura di Rolando Tarchi

Abstract: PARTE I – Parlamenti e Parlamentarismo nel Diritto Comparato,
Itinerari della comparazione, Quaderni della Rivista DPCE Online, Gennaio 2020
PARTE II – Parlamenti e Parlamentarismo nel Diritto Comparato
Comunicazioni pubblicate sul fascicolo n. 4/2019 della Rivista DPCE Online

PARTE I – Parlamenti e Parlamentarismo nel Diritto Comparato,
Itinerari della comparazione, Quaderni della Rivista DPCE Online, Gennaio 2020

Rolando Tarchi	<i>Presentazione</i>	p. 3
Francesco Bonini	<i>Parlamenti moderni: una evoluzione storica</i>	p. 21
Claudio Martinelli	<i>Il ruolo del Parlamento nei sistemi presidenziali maturi</i>	p. 24
Mauro Volpi	<i>Il ruolo del Parlamento nei sistemi parlamentari</i>	p. 55
Ginevra Cerrina Feroni	<i>Il ruolo del Parlamento nei sistemi semipresidenziali</i>	p. 81
Luca Mezzetti	<i>Ruolo ed evoluzione del Parlamento nei sistemi presidenziali latino-americani</i>	p. 97
Tania Groppi	<i>Occidentali' a Kharma? L'innesto delle istituzioni parlamentari in contesti estranei alla tradizione giuridica occidentale</i>	p. 123

XXIV

PARTE II – Parlamenti e Parlamentarismo nel Diritto Comparato
Comunicazioni pubblicate sul fascicolo n. 4/2019 della Rivista DPCE Online

SESSIONE A	PARLAMENTI, SOCIETÀ CIVILE E PARTITI – Coordinata da Salvatore Bonfiglio e Francesco Clementi
Valerio Lubello	<i>Mixed Electoral System as a Political Way Out: a Comparative Perspective</i>
Silvia Sassi	<i>La partecipazione della società civile nei processi decisionali: il caso britannico e il caso ungherese</i>
Serena Sileoni	<i>I codici di condotta per i parlamentari, tra diritto e politica</i>

SESSIONE B
PARLAMENTI, STRUTTURA TERRITORIALE DELLO STATO
E PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA - Coordinata da
Guerino D'Ignazio e Laura Montanari

Simone Benvenuti [Parlamenti nazionali, legittimazione democratica e democrazia rappresentativa nell'Unione Europea](#)

Caterina Drigo [I Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea, fra partecipazione al decision-making process e coinvolgimento delle istanze territoriali](#)

Barbara Guastafarro [Parlamenti, Corti e struttura territoriale dello Stato: il Regno Unito tra Brexit e devolution](#)

Pierpaolo Ianni [I Parlamenti nazionali preferiscono dialogare con i propri Governi o con le Istituzioni europee?](#)

Anna M. Russo [I "Parlamenti regionali" nel Multilayered Parliamentary system europeo: le relazioni interparlamentari attraverso la 'lente' del principio di sussidiarietà](#)

SESSIONE C
SESSIONE PARLAMENTI E CORTI - Coordinata da **Valeria Piergigli e Rolando Tarchi**

Giacomo Delledonne [La legislazione elettorale come campo di tensione fra parlamenti e corti: riflessioni comparatistiche](#)

Paola Piciacchia [Parlamenti e Corti nella tutela e nella promozione dei diritti umani: l'esperienza inglese dello Human Rights Act 1998 e della Joint Committee on Human Rights](#)

SESSIONE D
PARLAMENTI SENZA PARLAMENTARISMO? - Coordinata da
Domenico Amirante e Romano Orrù

Maria Chiara Locchi [Il Parlamento come specchio: la rappresentanza parlamentare delle minoranze religiose nel diritto comparato](#)

Giammaria Milani [Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l'esperienza ungherese](#)

Jacopo Paffarini [I parlamenti latinoamericani e le inchieste anticorruzione: una riflessione in merito gli effetti della polarizzazione politica sugli equilibri costituzionali e la forma di governo](#)

Carmine Petteruti [Il Parlamento nell'ipersemipresidenzialismo dello Sri Lanka: convergenze e divergenze dal semipresidenzialismo francese](#)

Mixed Electoral Systems as a Political Way Out: a Comparative Perspective

di Valerio Lubello

Abstract: Sistemi elettorali misti come compromesso politico: una prospettiva comparata – The debate around mixed electoral systems has been ongoing among scholars starting 1989. Since then, mixed systems – originally introduced by Germany after the Second World War – formed a new electoral model in both a quantitative and a qualitative perspective. Democratic transitions of Central and Eastern Europe guaranteed the circulation of this model among States which were beginning their transition process to democracy. Scholars unanimously consider mixed systems as one of the most relevant legislative instruments that were used to reach a compromise between the former but still ruling parties and the new political powers during the '90s. The purpose of this essay is to provide an overview of mixed electoral systems in Europe after about three decades of their explosion. The analysis – which includes a review of the technical elements of mixed electoral systems – aims to compare, where possible, the different issues at stake.

2719

Keywords: Mixed Electoral Systems, Electoral law, Democratic Transitions, 1989, Central and Eastern Europe

1. Introduction

The purpose of this essay is to provide an overview on mixed electoral systems in the European area after three decades of their explosion¹. The research relies on a comparative analysis of the different technical elements adopted in different countries. The aim is to find – whether possible – a common *ratio* underlying the adoption of this peculiar electoral system.

As well known, the debate around mixed electoral systems has assumed a new theoretical dimension since 1989. Starting then, mixed systems – originally introduced by Germany after the Second World War – became a new electoral model in both a quantitative and a qualitative perspective. As a matter of fact, the democratic transition of Central and Eastern Europe guaranteed the circulation of this model among those States at that time facing a transition process to democracy. Scholars agree to consider mixed systems as one of the most relevant legislative instruments during the '90s, as they have enabled a compromise between the (still ruling) former parties and the new political powers².

¹ B. Bugarič, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: "Lands in-between" democracy and authoritarianism*, I-CON (2015), Vol. 13 No. 1, 219-245.

² A. Chiaramonte, *Tra maggioritario e proporzionale, l'universo dei sistemi elettorali misti*, il Mulino, 2005.

To date, it is possible to observe a leave from the mixed electoral systems, past three decades from their explosion. In this vein, «[I]n Central and Eastern Europe the golden age of mixed electoral system might soon be over»³. And nevertheless, in some cases, such as for the Italian experience, mixed systems still are the way out for political and constitutional impasses.

Before proceeding with the essay, some methodological remarks are required. Scholars researching in this field have divergent backgrounds, namely constitutional law, political science, and sociology. Such occurrence has originated debates and studies which embraced systemic classifications of mixed electoral systems and analysis of the electoral behaviours, usually supported by massive empirical dataset. This essay follows a different approach, as there is no room neither to provide empirical and quantitative outputs' analysis of mixed electoral systems nor to analyse the numerous and controversial psychological behaviours linked to these systems⁴.

A further prelaminary remark is that this essay is consistent with the Massicotte and Blais definition of mixed electoral systems. According to their definition, these systems show some proportional and majority features, which are distinguished in different formulas and tiers⁵. The assumption of this definition makes it possible to analyse the main electoral system features, keeping the s.c. Duvergian effects⁶ and the elector's behaviour⁷ on the background.

On this basis, Paragraph 2 will provide an overview of the role of the mixed electoral systems in the post-1989 era, and their evolution in recent years. Paragraph 3 will combine the key elements of the systems at stake, following a

³ D. Bochler, *Are Mixed Electoral Systems the Best Choice for Central and Eastern Europe or the Reason for Defective Party Systems?* in *Politics & Policy*, Volume 37, No. 4 (2009): 735-767, 756.

⁴ See on this point P. Riera, D. Bol, (2017) *Ticketing-splitting in mixed-member systems: on the importance of seat linkage between electoral tiers*, in *West European Politics*, 40:3, 584-597.

⁵ L. Massicotte, A. Blais, *Mixed electoral systems: a conceptual empirical survey*, *Electoral Studies* 18 (1999) 341-366. Similarly, M. S. Shugart, M. P. Wattenberg, *Mixed-Member Electoral Systems: A Definition and Typology*, Oxford Scholarship Online, 2003, state that «In a mixed-member system there are (at least) two separate overlapping tiers, one of which employs allocation of seats nominally, while another employs allocation to party lists. Typically, each vote in each tier, which in this volume we shall call the nominal vote and the list vote. However, there are cases in which the voter casts only a nominal vote. In such cases allocation of seats in the list tier is based on an aggregation of nominal votes on the basis of party», 10. A rather «*minimalist*» definition provides that «*An electoral system is "mixed" if more than one formula is employed to distribute legislative seats*», F. Ferrara, E. Herron, M. Nishikawa, *Mixed Electoral Systems, Contamination and Its Consequences*, Palgrave Macmillan, London, 2005, 16.

⁶ Following M. Duverger: «Pour schématiser celle-ci, on peut prendre comme point de départ les trois formules suivantes ... : 1 ° la représentation proportionnelle tend à un système de partis multiples, rigides et indépendants; — 2 ° le scrutin majoritaire à deux tours, à un système de partis multiples, souples et indépendants ; — 3 ° le scrutin majoritaire à un seul tour, au dualisme des partis». M. Duverger, G. Gouguel (cur.), *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique*, Paris, Colin, 1950, 3.

⁷ G. Sartori, *Le "leggi" sulla influenza dei sistemi elettorali*, in *Rivista Italiana di Scienza politica*, vol. 14, 1984, 3-40. According to which: «Se l'elettore non subisce nessun condizionamento, nessuna pressione, nessun "ricatto", in tal caso il sistema elettorale è ininfluente, non ha nessun effetto: punto e finito lì. Restano i casi nei quali una manipolazione-pressione avviene. Se detta pressione è forte, allora dirò che il sistema elettorale è forte. Se è debole, dirò che il sistema elettorale è debole. E i casi intermedi (tra un massimo e un minimo di efficacia manipolativa) saranno assegnati alla classe forti-deboli», 18.

comparative approach, while Paragraph 4 will focus on the Italian case. Finally, Paragraph 5 some conclusions are drawn.

2. The role of mixed electoral system in the transition: the success of a model

For decades, the mixed electoral system has been a rare exception, as after 1949 it was adopted in its archetypal way only by Germany⁸.

Until 1990, the main options in the electoral field were the broad models of majority and proportional electoral systems. Contrariwise, since 1989 mixed electoral systems have played a crucial role in the third wave of democracies of the Central and Eastern Europe⁹.

Constitutional transitions, as well known, have not been violent because of the dialogue promoted by Round Tables. This approach resulted in a soft transition which in the meantime guaranteed a certain continuity in the discontinuity. Somehow, mixed electoral systems have stimulated this continuity through a sort of “*transition compromise*”, delivering the political passage from the old constitutional frameworks to the new ones¹⁰.

This is particularly true in those seven countries that has followed the path of the mixed electoral system: Albania, Bulgaria, Croatia, Lithuania, Hungary, and Russia.

As well known, all communist parties in the area formally disappeared or suddenly lost their power in 1989¹¹, and in somehow mixed electoral systems fostered the transition to democratic constitutional frameworks. As well argued, «it has been reflected insecurity expressed by the leading political forces as to which electoral system would be best suited to their interests and would be best suited to their interests and would provide them with a new electoral victory. As a result of such doubts segmented electoral systems emerged, which provided the political forces in power with a lot of manoeuvring space, primarily in terms of reducing the opposition’s election chances»¹². In this respect, it is worth stressing that mixed electoral systems did not avoid the prominence of ruling parties and, in the meantime, that they did not allow the opposition to flourish in the ongoing democratic scenario¹³.

⁸ For a detailed overview see S. E. Scarrow, *Germany: The Mixed-Member System as a Political Compromise*, in M. Soberg Shugart, M. P. Wattenberg (ed.), *Mixed-Member Electoral Systems: The Best of Both Worlds?*, Oxford Scholarship Online, 2003.

⁹ S. Huntington, *The third Wave: Democratisation in the Late Twentieth Century* (Norman: University of Oklahoma Press, 1992)

¹⁰ See on this point F. Ferrara, E. Herron, M. Nishikawa, *Mixed Electoral Systems, Contamination and Its Consequences*, (cit.) according to which «in the postcommunist world, the selection of alternative electoral rules may have reflected the distribution of power in the transition process. Institutional design was a consequence of authoritarian collapse», 27.

¹¹ H.J. Hobsbawm, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, Abacus, London, 1995.

¹² M. Kasapovic, *Segmented or «Entrenched» Electoral Systems*, in *Politicka Misao-Croatian Political Science Review*, vol. 32, pp. 173 and following.

¹³ See on this point C. Flores Juberías, *Eastern Europe: General Overview*, in J. M Colomer, B. Grofman (ed.), *Handbook of Electoral System Choice*, Palgrave Macmillan, UK, 2004, p. 309

The Hungarian case clearly shows the role assumed by the s.c. Roundtables in reaching the mentioned democratic compromise. As a matter of fact, the Hungarian Parliament has ratified the same electoral law settled by the Roundtable (s.c. “*Roundtable laws*”), as a result of a massive bargaining between political parties¹⁴.

Similarly, Albania adopted a mixed electoral system in 1992. This system was meant for the second round of elections of Albania (the former system was a majority system used during the first democratic elections in 1991) and was drafted after a strong negotiation between Democratic and Socialist Party¹⁵.

In Croatia, during the transition from a tricameral parliament to a bicameral one, the new electoral law introduced a mixed electoral system that once again has been the result of a strong compromise process¹⁶.

Following the same reasoning, Bulgaria adopted a mixed electoral system that was applied in its first democratic elections. It was the result of a long negotiation process between the successors of the former communist Party (Bulgarian Socialist Party) and the opposition forces, linked to the Union of Democratic Forces¹⁷.

In Ukraine and Macedonia, the mixed electoral system has been adopted later (1998),¹⁸ and in both cases they were an attempt to stabilize the unstable political environment¹⁹.

After thirty years, several States, such as Albania, Bulgaria, Croatia, Ukraine, Macedonia have abandoned the mixed electoral system²⁰. It is worth mentioning that all these States have moved to a proportional electoral system (although they followed different paths).

according to which «In countries where the transition to democracy was carried out by means of negotiation, usually between the opposition forces and the more liberal sectors of the single Party – neither of whom were able to impose their points of view on their opponents – the option was a mixed electoral system, combining both proportional and majority elements»

¹⁴ See J. W. Schiemann, *Hedging Against Uncertainty: Regime Change and the Origins of Hungary's Mixed Member System*, in *Mixed-Member Electoral Systems: the Best of Both Worlds?*, Oxford Scholarship Online, 2003, 232 ss. According to the author «Hungary's MM system emerged as the result of a patchwork grafting different components rather than a systematically conceived and coherently designed grand plan to meet broad societal needs».

¹⁵ A. Elbasani, *Mixed Member Electoral Systems in Transition Contexts: How has the System Worked in Albania*, in *CEU Political Science Journal*, Vol No 1., 2008, 72-92., available at ssrn.com.

¹⁶ Following Kasapovic, in Croatia «segmented electoral model seemed to be, formally speaking, an expression of the compromise between the party in power and the opposition; the leading party came into power through a majority election, which, since it was strongest political party, remained suited to its political interests while all opposition parties advocated the proportional electoral system. The choice of the segmented electoral model was based on the political estimate of the party in power that its electoral victory might be threatened if faced with a united opposition in majority elections»

¹⁷ See C. F. Juberías, *Eastern Europe: General Overview*, in J. M. Colomer, *Handbook of Electoral System Choice*, Palgrave MacMillan, London, 2004, 312.

¹⁸ C. F. Juberías, (cit.), 320.

¹⁹ C. F. Juberías, (cit.), 322 and see also J. W. Schiemann, 2.

²⁰ See T.C. Lundeborg (2009), *Post-communism and the abandonment of mixed-member electoral system*, *Representation* 45, (1), 15-27, available at eprints.gla.ac.uk/41366.

Albania used a majority system for its first democratic elections (1990). This system was transformed into a mixed one in 1991 and has remained in force until 2008²¹. Croatia has used the mixed electoral system until the 2000 election, given that this mixed member majority system (see par. 3) was replaced by a proportional system in 1999. Similarly, Ukraine adopted a proportional system instead of a mixed one in 2004. In Bulgaria, the Bulgarian Socialist Party chose to shifted from the mixed electoral system, adopted in the 1990 election, to a proportional system in force until 2009. After 2009, a new mixed electoral system was reintroduced; but it has been immediately replaced by a proportional system in 2011. In 2002, Macedonia abandoned the 1998 mixed electoral system for a proportional system. In Russia the transition mixed system was substituted with a proportional system in 2003, and then a mixed electoral system has been introduced in 2013 once again²².

At the end of the day only four Central and Eastern Europe countries maintain a proper mixed electoral system: Hungary, Lithuania, Romania and Russia.

3. Key features from a comparative perspective

The idea behind mixed electoral systems is *prima facie* simply: it represents a conjunction of some elements of proportional and majority systems. According to Massicotte and Blais, an electoral system is mixed if «its mechanics involve the combination of different electoral formulas (plurality or PR; majority or PR) for an election of a single body». In their view, mixed electoral systems «must incorporate two opposed principles: we consider plurality and majority to be too akin to each other (in their mechanics) for a system, combining both to qualify as mixed». In other words, mixed electoral systems are those which «combine two formulas, proportionality and plurality or majority»²³, presenting different tiers, shaped by different formulas²⁴.

In most cases those systems are two-vote systems, and only Romania after 2008 utilizes a one-vote system. Usually the two tiers are equal, and seats are assigned a half with the proportional system and a half with the majority one. That as in the Bulgaria, Croatia and Russia experiences during 1992 elections. In other cases, the proportional tier is prominent (Hungary and Croatia, 1995) or, conversely, the majority tier prevails (as in Albania and Lithuania). At the end of the day, the majority and proportional variables can be rationed in different amounts. Moreover, it has to be borne in mind that the different components of a mixed electoral system can either be linked together or remain divided. As for the

²¹ I. Petrela, *Electoral systems in Europe, and the case of Albania*, SEE Law Journal, Vol. 1 No. 1, pp. 35-44, January 2014.

²² For an overview see R. G. Moser, F. C. Thames, *Compromise Amidst Political Conflicts: The Origins of Russia's Mixed-Member System*, in M. S. Shugart, M. P. Wattenberg (ed.), *Mixed-Member Electoral Systems: The Best of Both Worlds?*, Oxford Scholarship Online, 2003, 254

²³ D. Bochsler, (cit.), 736.

²⁴ M. S. Shugart, M. P. Wattenberg, (cit), 10.

constituency size, generally there are systems in which there is one national electoral unit (such as in the case of Albania, Croatia, and Russia) or several plurinominal constituencies (such as Bulgaria and Hungary)²⁵.

An abundance of scenarios is therefore at stake. Following a common classification²⁶, it is possible to identify the following sub-types of mixed electoral system: 1) majority systems with a proportional compensation. In these systems, electors can express only one vote, that is calculated in both the majority and proportional levels. This mechanism was applied in Albania (until 1996), where 25 seats were assigned through a proportional mechanism (fixed quotient) with a minimum threshold fixed at 4% and the others 115 seats were assigned through a majority runoff-system on a single member constituency; 2) mixed member proportional systems (very similar to the German archetypal model). Electors can express two votes: one for the proportional level and the other for the majority one. With the proportional system, the quote is calculated for every single party, whilst candidates are identified using the majority formula. This is the case of the Albanian system before 2008, where 100/140 seats were assigned through a majority-runoff system and 40 seats were assigned through a proportional system (LeHare) with a national constituency. 3) mixed member majority system. This is the most common model adopted within the post-Soviet area. In this system, a certain percentage of seats is assigned through a majority system with a single-member constituency. The remaining percentage of the seats is assigned through a proportional system, based on a national constituency with a certain minimum threshold. In this model, electors have two votes to express in both the majority and the proportional level (such approach is the model that has been utilized in Russia since 1993)²⁷.

The electoral threshold is usually introduced either in the proportional or in the majority tier, and it is commonly calculated between 2 and 5 (although variations can occur)²⁸. As a matter of fact, at the beginning of the 90s Bulgaria had the 50% of the seats assigned through a majority-runoff system and the other 50% assigned is assigned through the d'Hont formula, calculated in 28 constituencies with a minimum threshold of the 4 % at national level. In Lithuania the electoral system is composed by a different dosage of the majority-runoff system and a Le-Hare proportional system calculated on the national constituency. During the last two decades, the minimum threshold has been modified and the majority formula was replaced by the plurality formula. Similarly, until 2006 (when the proportional system was dismissed), in Ukraine, the 50% of the seats was assigned through a majority-plurality and the remaining

²⁵ M. Kasapovic, *Segmented or «Entrenched» Electoral Systems*, in *Politicka Misao-Croatian Political Science Review*, vol. 32 pp 177 ss.

²⁶ A. Chiaramonte, *Tra maggioritario e proporzionale, l'universo dei sistemi elettorali misti*, Il Mulino, Bologna, 2006.

²⁷ B Owen, *I nuovi sistemi elettorali nei paesi dell'Est europeo*, in M. Luciani, M. Volpi (ed.), *Riforme Elettorali*, Laterza, Roma-Bari, 1995, 391.

²⁸ For a complete but not updated overview see A. Chiaramonte, *Tra maggioritario e proporzionale, l'universo dei sistemi elettorali misti*, (cit.).

50% of the seats was assigned in a completely different way through the proportional system, based on the natural quotient. The Ukrainian case is almost identical to the Russian one²⁹; notwithstanding some marginal differences in the minimum threshold, which is fixed at the 4% in Ukraine, whilst in Russia it has been fixed at 5% starting from 1993 to date. In Croatia, the mixed electoral system adopted in 1992 election, had a fixed threshold of 3% in the proportional tier, whilst the 1995 reforms provided different thresholds, fixed at 5 % for parties, 8% for coalitions made by two parties, and 11 % for the other coalitions (with more than 2 parties).

Hungary has fixed the threshold of the party list at 5% nationwide in both the former and actual electoral laws. Until 2014, 386 seats were being assigned through three connected levels³⁰. The first level using a double turn majority formula, which was necessary to reach 176 seats, with the limit of an absolute majority at the first turn and a relative majority at the second turn. The second level assigned among the 40% of the remaining seats through the proportional formula and a minimum threshold, fixed at the 5% limit, raised up to an implicit 8%. And at the third level, the seats were being assigned to those parties that were over the threshold as for to the votes that were not encompassed in the abovementioned majorities and proportional levels. Since 2014, the new super mixed electoral system has reduced the number of parliamentarians from 286 to 199, eliminating the recalled repartition in three levels, moving to a two-level system. With the electoral system in force, 106 parliamentarians are elected in a single-member constituency with the majority-plurality, formula whilst the remaining 93 ones are elected with a proportional system in the national constituency (following the d'Hond method, integrated with the votes that are not used in the majority system). The threshold is still fixed at 5%.

From a different perspective, mixed electoral systems have the proper scope to encourage a diversification of the subjects in the electoral competition. Such diversification should be ethnic, territorial, ideological, or political; and usually it is not rooted enough to significantly reduce the role of the biggest parties.

As demonstrated by farmer's party, which in some cases has required to be represented in the new Parliaments (as it happened in Bulgaria and Albania as well). Similarly, the ethnic minorities took advantage of mixed electoral systems. Indeed, the only country that guarantees an expressed minority representation through the electoral system is Croatia (and partially Hungary). In Croatia, minorities (Hungarians, Italians, Czechs, Slovaks, Russians, Ukrainians, Germans, Austrians and Serbs) were guaranteed from 1992 until 1995, using special electoral units. But electoral Serbian representation in the Parliament was harshly reduced during the 1995 and the 1999 elections³¹.

²⁹ R. G. Moser, F. C. Thames, *Compromise Amidst Political Conflicts: The Origins of Russia's Mixed-Member System*, (cit.).

³⁰ See G. Romeo, E. Mostacci, *La forma di governo*, in G. F. Ferrari (ed.), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Giappichelli, Turin, 2012, 61.

³¹ C. Flores Juberías, *Electoral Systems and National Minorities in Central and Eastern Europe: A Dilemma in Five Paradigms Revisited*, paper presented at the Conference on Minority

In other cases, the protection of minority is strictly linked to political systems: e.g., the Turkish minority in Bulgaria; the Polish minority in Lithuania; the parties' ethnic divisions (Albanese, Roma) in Macedonia. Differently, according to the new Hungarian electoral law, minorities' seats are facilitated through threshold lowered to less than a quarter of the votes required for other parties³². If this threshold is not reached, minorities can still have a spokesperson in the Parliament (despite without right to vote). As enshrined by art. 2 of the Hungarian Fundamental Law: «nationalities living in Hungary shall participate in the work of Parliament in the manner defined by a Cardinal Act»³³. This «*Cardinal Act*» is the Act CLXXIX of 2011 on the Rights of Nationalities. The latter, in conjunction with Article 9(2) of the Election Acts, provides that to be included in the minority list it is sufficient only a quarter of the votes necessary for the other party on the electoral national quota. Armenian, Bulgarian, Croatian, German, Greek, Polish, Roma, Romanian, Ruthenian, Serbian, Slovakian, Slovenian, and Ukrainian are officially recognized as minorities.

In Lithuania, between 1992 and 1996 the Lithuanian minorities were exempted from the “standard” 4% threshold provided for parties at, awarding seats to minorities parties (Russians, Poles, and Byelorussians) that reached the so-called Hare quota³⁴.

Another noteworthy element is the rank among the legislative sources provided for mixed electoral systems. In this light, the Hungarian Fundamental Law requires Cardinal law to modify the electoral law, giving the electoral system a quasi-constitutional status. As a matter of fact, the Fundamental Law requires the same majority, required for amending the Constitution. Likewise, after the 1997 political crisis, Albania has constitutionalized the main principles of its electoral system in the new Constitution. In this perspective, art. 64 provides the necessity of a mixed electoral system (following the examples of the Brazilian and Portuguese Constitutions)³⁵. The abovementioned article has been amended in

representation and minority language rights: Origins, experiences and lessons to be learned, available at: <http://kv.sapientia.ro>.

³² G. Tóka, *Constitutional Principles and Electoral Democracy in Hungary*, in E. Bos, K. Póeza (Ed.) *Constitution Building in Consolidated Democracies: A New Beginning of Decay of a Political Systems?*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2014.

³³ T. Kostadinova, *Ethnic and women's representation under mixed electoral systems*, in *Electoral Studies* 26 (2007): 418–431.

³⁴ C. Flores Juberías, *Electoral Systems and National Minorities in Central and Eastern Europe: A Dilemma in Five Paradigms Revisited*, (cit.).

³⁵ A. Elbasani, *Mixed Member Electoral Systems in Transition Contexts: How has the System Worked in Albania?*, CEU Political Science Journal, Vol 3, No. 1. 2008, available at papers.ssrn.com. According to the previous version of article 64 of the Albanese Constitution «1. The Assembly consists of 140 deputies. One hundred deputies [71%] are elected directly in single member electoral zones with an approximately equal number of voters. Forty deputies [29 %] are elected from multi-name lists of parties or party coalitions according to their ranking. 2. The total number of deputies of a party or a party coalition shall be, to the closest possible extent, proportional to the valid votes won by them on the national scale in the first round of elections. 3. Parties that receive less than 2.5 per cent, and party coalitions that receive less than 4 per cent, of the valid votes on the national scale in the first round of elections do not benefit from the respective multi-name list».

2012, when the country adopted an authentic proportional system in the Constitution³⁶.

4. Focus on the Italian case

The Italian case shows, again, how the mixed electoral system can be an escape instrument for constitutional and representative crisis.

In the Italian political ecosystem, a mixed electoral system is not a completely new phenomenon as far as Italy adopted a mixed member majority system in 1995. This system bipolarised the Italian political forces challenging in the 1994, 1996, and 2001 elections. The so-called “Mattarellum” electoral law³⁷ provided for a 75 % proportional tier with a 25 % majority system³⁸.

This system was replaced by law n. 270/2005, which introduced a proportional system for both the branches of the Parliament, with some crucial differences between the electoral system of the Chamber of the Deputies and the one of the Senate.

According to law n. 270/2005, Chamber of Deputies was elected through a national constituency, and a majority bonus of 340 seats (out of 630) was recognized to lists and coalition lists with a relative majority. Access thresholds were different: 20% of the national constituency for coalition lists (2% for single parties within the coalition lists); 4% for single parties that did not run in coalition lists.

For the Senate, the majority bonus was recognized at a regional level (with 20 regional bonuses), and thresholds were provided as follows: 20% for coalition lists (3 % for the single party within the coalition) and 8% for lists which run alone. These differences between the two branches of the Parliament generated different majorities and a consequent Parliamentary and Governmental instability during the years³⁹.

In 2013, when the Italian Republic President Giorgio Napolitano has been elected for the second time – first case of a second mandate in the Italian Presidency of Republic’s history – one of the crucial points of his mandate was exactly the adoption of a new electoral law. According to the former President Napolitano: «[T]he lack of the 2005 electoral law is unforgivable. The President of the Constitutional Court has remembered how the recommendation, made by the Court itself, about the necessity to amend the majority bonus, conferred without any considerable threshold of votes or seats, has been unheard for years. The lack of amendment to that law has generated a dogged competition for conquering the enormous majority bonus, with the result that the winner had difficulties to handle this over representation within the Parliament. It was a

³⁶ According to art. 64, still in force: «*Assembly is composed of 140 deputies, elected on proportional system with multi-names electoral zones*».

³⁷ L. n. 476/1993 for the Senate and l. n. 277/1993 for the Chamber of Deputies

³⁸ G. Pasquino, *I sistemi elettorali*, Il Mulino, 2006, 55.

³⁹ A. Renwick et al., *Partisan Self-Interest and Electoral Reform: The New Italian Electoral Law of 2005*, in 28 *Electoral Studies*, 2009, p. 437.

forecastable fact that the law has generated difficult governability result, generating frustration among citizens that cannot choose their candidates».

4.1 A turning point: rulings 1/2014 and 35/2017

The Parties incapacity to adopt any amendment to the 2005 electoral law, paved the way for the Constitutional Court milestone ruling 1/2014. In this ruling the Court declared the partial constitutional illegitimacy of the electoral law n. 270/2005, stating, *inter alia*, that a certain majority bonus affects the whole electoral system. In this vein, there is lack of proportionality in attributing a huge number of seats to a relative majority. Moreover, the electoral law n. 270/2005 has been struck off also because it ensured the use of blocked lists provided by parties⁴⁰.

Following the Court reasoning, recurring to blocked lists violates the representative principle, since citizens cannot appoint candidates (as they were substantially only appointed by parties).

This ruling was followed by the new Parliament electoral law, whose scope was limited to the Chamber of Deputies. On the other hand, there has been an attempt to regulate the Senate members election by way of a constitutional reform. In this vein, it did not succeed an ambitious constitutional amendment, providing for an indirect election of Senate's members⁴¹.

The mentioned electoral law is law n. 52/2015, and has never applied, as will be explained in the next paragraph. Law n. 52/2015 provided for 100 multi-member constituencies and two single member constituency (Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* e Trentino Alto-Adige/*Südtirol*), and fixed the threshold at 3% on national basis. The list reaching the 40% of the votes would have gained a majority bonus of 340 seats out of 640. If none of the lists had reached the 40%, the law n. 52/2015 would have provided for a second runoff turn among the two lists with the highest percentages of votes. The winner of this second turn would have been awarded with a majority bonus of 340 seats out of 640.

Consistently to part of the reasoning of ruling 1/2014, in ruling 35/2017 the Constitutional Court declared, once again, the illegitimacy of the above described majority bonus. According to the Court, to grant a majority bonus to the winning list of the second runoff turn is in breach of the representative principle (art. 3.2 and 48.2 of the Italian Constitution) as its outcome is a disproportionality effect. Moreover, the Court declared unconstitutional the part of the law ensuring to the top candidates an *ex post* choice for the constituency of

⁴⁰ See among others E. Longo and A. Pin, *Judicial Review, Election Law, and Proportionality*, in *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 6-2016, p. 101

⁴¹ See G. Delledonne and G. Martinico, *Yes or No? Mapping the Italian Academic Debate on the Constitutional Reform*, and E. Stradella, *Italy after the Constitutional Referendum: Legal and Political Scenarios, from the Public Debate to the "Electoral Question"*, in *Italian Law Journal*, Special Issue "The 2016 Italian Constitutional Referendum: Origins, Stakes, Outcome", available at www.theitalianlawjournal.it; P. Faraguna, *Do You Ever Have One of Those Days When Everything Seems Unconstitutional?: The Italian Constitutional Court Strikes Down the Electoral Law Once Again*, in *European Constitutional Law Review*, 13, 2017, p. 778.

their election. An actual chance, as the law allowed candidates to concur in different constituencies at the same time.

As a result of this complex evolution, for a limited period of time two different electoral laws coexisted, as will be later explained. Namely, law n. 52/2015 (as modified by the Constitutional Court ruling 35/2017) for the Chamber of Deputies elections, and law n. 270/2005 (as modified by the Constitutional Court ruling 1/2014) for the Senate elections⁴².

4.2 Mixed electoral system as a temporary way out

In 2017, by way of law n. 165/2017 (the so-called “*legge Rosato*” or “*Rosatellum*”) there has been an attempt to introduce an electoral system suitable to the existing pluralism of the Italian political organization⁴³; i.e. an electoral system capable of ensuring both representativeness of the electorate and governability of the Country.

The final systematization of the Italian electoral system is the result of the recent law n. 165/2017 adoption (the so-called “*legge Rosato*” or “*Rosatellum*”), a mixed electoral system archetype. In a nutshell, this law provides for a common electoral system to both the branches of the Italian Parliament. In each branch of the Parliament: about 1/3 of the seats is assigned with the majority system, based on single-member constituencies⁴⁴; about 2/3 of the seats are allocated with the proportional system, based on multiple-members constituencies determined by the aggregation of contiguous single-member constituencies.⁴⁵

As for the multiple-members constituencies, each party is required to make a rigid and “short” list of candidates (so called “blocked” lists), consisting of a minimum of 2 and a maximum of 4 candidates (who are alternated by gender); the voter is not allowed to express a preference among these candidates⁴⁶; moreover,

⁴² See *ex plurimis* A. Baraggia and L.P. Vanoni, ‘The Italian Electoral Law Saga: Judicial Activism or Judicial Subsidiarity’, STALS Research Paper, 2017 p. 1.

⁴³ See among others: F. Sgrò, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017: questioni nodali e specificità del nuovo sistema elettorale italiano*, in *Osservatorio Costituzionale*, Vol. 3/2017, 06 - 12 - 2017; S. Ceccanti, *I sistemi elettorali nella storia della Repubblica: dalla Costituente alla legge Rosato*, in *Federalismi.it*, 20 - 2017, available at www.federalismi.it; A. Ruggeri, *Il Rosatellum-bis alla prova del valore democratico*, in A. Ruggeri, “*Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*”, Turin, 2019 p. 73.

⁴⁴ In detail, 232 seats (of which 225 in 18 regions, 1 in Val D'Aosta and 6 in Trentino Alto Adige) will be allocated through single-member constituencies, while the other 386 seats will be allocated on a proportional basis (see art. 1 of Presidential Decree 361/1957 as amended by Law N. 165/2017). 12 seats that are assigned in the Foreign Circumscription are excluded from the count. See: S. Ceccanti, *Legislazione elettorale. Italia. Una nuova legge-ponte nella transizione che prosegue*, in www.forumcostituzionale.it, 26 - 10 - 2017.

⁴⁵ In detail, 116 seats (of which 109 in 18 regions, 1 in Val d'Aosta and 6 in Trentino Alto Adige) will be allocated through single-member constituencies, while the other 193 seats will be allocated on a proportional basis (see Article 1 of Legislative Decree N. 533/1993, as amended by Law N. 165/2017); 6 seats that are assigned in the Foreign Circumscription are excluded from the count. See: S. Ceccanti, *Legislazione elettorale. Italia. Una nuova legge-ponte nella transizione che prosegue*, in www.forumcostituzionale.it, 26 - 10 - 2017.

⁴⁶ This provision is consistent with the Constitutional Court ruling 1/2014, which had censured the law n. 270/2005 as for the “long” lists, as the latter prevented the voters to know the existence of the candidates from being known and greatly distorted the electoral will. See

in order to adapt the electoral will to the single lists and/or coalitions, the single voter cannot vote disjointly for parties' candidates; the new electoral thresholds are: 3% for single lists and 10% for coalitions, in both the Chamber of Deputies and the Senate; as for linked lists, on the one hand, coalitions are required to exceed the 10% threshold, and on the other hand, each coalition list is required to exceed the 3% threshold.

With regard to minorities, the Italian electoral reform has introduced an "affirmative racial gerrymandering"⁴⁷ which guarantees to the Slovenian population a dedicated constituency in Friuli Venezia Giulia, and two single member constituency (Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* e Trentino Alto-Adige/*Südtirol*) to provide French and German minorities with guarantees. Also, dedicated thresholds allowing access to minorities have been introduced: indeed, minorities can join to the Chamber of Deputies proportional tier by reaching a 20% threshold on a regional scale (instead of the 3% threshold at national level). Same rules apply for Senate, but the scope is not limited to minorities but also extended to all those parties which reach the 20% at the regional level. Moreover, minorities can compete for the Chamber of Deputies and Senate proportional tiers whether they gain at least two seats in a single-member constituency in a regional district.

2730

5. Conclusions

In the light of this overview on mixed electoral system, the latter can be still intended as a valuable compromise for those contexts of political uncertainty. That notwithstanding a substantial leave of this system occurs in the Central and Eastern Europe.

The main purpose of the mixed electoral system during the '90s was to facilitate the transition to democracy by the increase of the new political forces. According to this perspective, the cases of Albania, Bulgaria, Croatia, Ukraine, In this vein, notwithstanding the shift from a mixed system to a proportional system, the Macedonian and Russian experiences are an example of democratic and political evolution, also allowed by the first wave of mixed electoral system there adopted.

An empirical observation shows that mixed electoral systems have been abandoned in most of the analysed countries for proportional system. This data has unarguably to be read in the light of the different political scenarios of each considered country. Whether not possible to consider the adoption of a proportional system as a direct evolutive consequence of mixed electoral system, it should be noted that a proportional system could be considered in somehow

F. Sgrò, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017: questioni nodali e specificità del nuovo sistema elettorale italiano*, in *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 3/2017, 06 - 12 - 2017.

⁴⁷ M. Monti, "Rappresentanza politica preferenziale delle minoranze e uguaglianza del voto: considerazioni alla luce della recente disciplina del c.d. Rosatellum e del sindacato della Corte in materia elettorale", in *federalismi.it*, numero speciale 1/2018, 23-02-2018.

symptomatic of a certain degree of democracy in line with the ongoing transition of the Central and Eastern Europe.

In regard to the diversification of the parties, it is noteworthy that in three decades the threshold was moving up and never down. This could be symptomatic of a certain stability in the parties' scenarios and, in the meantime, of a lower necessity for the Parliament to be inclusive, as they were during the transition. That could enable a sort of institutionalization of the party system⁴⁸.

Because of the abandonment process at stake, the mixed systems are arguably deemed to be a kind of residual path. A path which has been followed mostly in democratic transitions, or constitutional impasse such as the Italian case.

Even if it is not possible to prove empirically the system is the result of the best parts of the "Two Worlds"⁴⁹, there are arguments enough to claim that this kind of system can arguably be a useful institutional tool to unlock transitions and constitutional impasses.

⁴⁸ R. G. Moser, *Electoral Systems and the Number of Parties in Postcommunist States*, in *World Politics* 51 (April 1999), 359.

⁴⁹ M. Soberg Shugart, M. P. Wattenberg (ed.), *Mixed-Member Electoral Systems: The Best of Both Worlds?*

La partecipazione della società civile nei processi decisionali: il caso britannico e il caso ungherese

di Silvia Sassi

Abstract: The participation of civil society in the decision-making processes: the British and Hungarian case – The crisis of political representation and representative democracy urges us to reflect on the need for new forms of democracy that could strengthen the channels of interaction between institutions and citizens more effectively. For this propose, the degree of involvement of the public in the decision-making processes is taken as a measure of the “the health of a democracy”. On the basis of this criterion, the issue of the regulation of civil society participation is developed in the first instance within the legal framework of the Council of Europe. Within this framework, forms of civil participation in decision-making processes presented by United Kingdom and Hungary will also be debate. It emerges that the United Kingdom’s adherence to the pathway provided by the Council of Europe is both formal and substantial, whereas Hungary’s adherence to this pathway is only formal and is not issue-free.

2733

Keywords: Civil Society; Participatory Democracy; Transnational Law; Council of Europe; United Kingdom; Hungary.

1. Premessa

Nel XXI secolo gli ordinamenti costituzionali di tipo democratico devono affrontare una serie di sfide. Tra di esse vi è quella di elaborare formule democratiche che, integrandosi con quelle tradizionali (diretta e indiretta), vadano a rafforzare l’interazione fra le istituzioni e i cittadini permettendo alle prime di adottare indirizzi e atti formati con la partecipazione dei secondi da realizzarsi in sedi ed esperienze deliberative¹. In quest’ottica, dunque, la disciplina del

¹ Cfr. G. Amato, *Premessa*, in Id., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant’anni*, Bologna, 2014, 11. Invero, la dottrina italiana si è interrogata sul dilemma tra democrazia diretta e rappresentativa fin dagli anni ’80: cfr. D. Nocilla, *Responsabilità e rappresentanza*, in *Iustitia*, 1985, 394 ss.; L. Paladin, *La sovranità nella democrazia degli antichi e in quella dei moderni*, in A. D’Atena, E. Lanzillotta (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Roma, 1988, 147 ss.; M. Luciani, *Il referendum impossibile*, in *Quad. cost.*, 1991, 513; T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997 e Id., *Forme di governo e partecipazione popolare*, Torino, 2002. E che il tema sia ancora di rilevante attualità lo dimostrano le recenti riflessioni, anche su nuove forme di democrazia, ovvero quella partecipativa e/o deliberativa: cfr. G. de Vergottini, *Una nuova ingovernabilità*, in *Percorsi cost.*, n.3/2017; T.E. Frosini, *Declinazioni del governare*, Torino, 2018; P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018, con gli scritti, in particolare, di: B. Caravita, R. Bifulco, T.F. Giupponi, E. De Marco, A. Torre, J. Luther e F.G. Pizzetti.

coinvolgimento del pubblico nei processi decisionali può costituire un efficace parametro valutativo dello “stato di salute” di una democrazia.

Questo ragionamento risulta ancora più valido se lo riferiamo al contesto epocale che stiamo vivendo, che è di natura transnazionale. Un contesto che si caratterizza per l'insistenza di attività umane che, in ragione, principalmente dell'avvento delle nuove tecnologiche informatiche, si svolgono in spazi che trascendono i territori circoscritti dagli Stati e tra gli Stati, ma che, pur sempre, si innervano entro l'apparato istituzionale dello Stato stesso, comportando una «sempre più stretta [...] interdipendenza delle comunità statali e dei popoli oltreché di obiettivi e beni costituzionali condivisi rivolti a creare e a riconoscere “valori globali universali”, direttamente operanti anche nei confronti di soggetti diversi dagli Stati»². In una simile dimensione, a fronte di un affievolimento degli elementi costitutivi dello Stato – popolo, territorio e, come si vedrà in seguito, sovranità – si profila l'emersione di uno spazio, transnazionale per l'appunto, la cui comunità si compone non più e non solo di cittadini ma anche di interessati. Se ciò è vero, necessaria si configura un'evoluzione del concetto di democrazia: laddove la democrazia tradizionale «aggrega cittadini in comunità di vicini (i loro distretti elettorali)»³, quella partecipativa, invece, li associa «in comunità di interessi»⁴. Sicché, per affrontare nella sua complessità siffatta questione, fondamentale si presenta l'individuazione di meccanismi di coordinamento tra i circuiti plurali di decisione e di partecipazione⁵ dei molteplici livelli di governo giacché la realizzazione degli uni è prodromica alla realizzazione degli altri.

In ragione di tutto ciò, il tema della partecipazione della società civile nei processi decisionali vuole essere sviluppato nel quadro ordinamentale del Consiglio d'Europa (d'ora innanzi: CdE) che progressivamente ha assunto connotazioni di diritto costituzionale transnazionale. Successivamente, nell'ambito del CdE, si confronteranno le discipline relative alle forme di partecipazione della società civile in processi decisionali previste dal Regno Unito e dall'Ungheria. La scelta di confrontare questi due Stati, così distanti e così distinti sul piano dei rispettivi formanti giuridici, è finalizzata a elaborare una comparazione per differenze. Questa operazione risulta di significativo interesse perché, come vedremo, nonostante entrambi fondino i rispettivi ordinamenti sui principi caratterizzanti le liberal-democrazie⁶, dall'analisi del contesto giuridico, politico e di prassi ungherese, in particolare, è possibile rilevare una serie di scostamenti dal modello tale da configurare una deroga allo stesso.

² Così S.M. Carbone, *I soggetti e gli attori nella Comunità internazionale*, in S.M. Carbone, R. Luzzato, A. Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, IV ed., Torino, 2011, 38.

³ Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations-Civil Society Relations, *We the peoples: civil society, the United Nations and global governance*, United Nations, General Assembly, 11.6.2004, A/58/817, 8.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, 80 e B. Caravita, *I circuiti plurali della decisione nelle democrazie moderne*, in P. Bilancia (a cura di), *op. cit.*, 22.

⁶ Tanto è che sia il Regno Unito sia l'Ungheria sono membri non solo del CdE ma anche della Ue e della Nato.

2. Il Consiglio d'Europa e l'elaborazione del diritto costituzionale transnazionale

Il CdE, come parte della dottrina sostiene⁷, è un'organizzazione che, nel perseguire i suoi scopi – promozione della democrazia, dei diritti umani e dello Stato di diritto –, ha nel tempo elaborato un insieme di principi, diritti e *standard* che considerati nella loro unitarietà sono andati a formare un nuovo tipo di diritto, che va sotto il nome di diritto costituzionale transnazionale⁸.

Questo diritto si caratterizza per una serie di elementi. Aspira essenzialmente alla convergenza armonica di ambiti settoriali regolamentati diversamente da Paese a Paese, da un lato, e trasversali quanto alla loro operatività, dall'altro lato, per il tramite di una cooperazione giuridica alla cui realizzazione partecipano attori anche di natura non prettamente statale. Se, dunque, la matrice di questo nuovo tipo di diritto è varia, il suo processo di formazione non può che essere dinamico. Le sue fonti possono avere origine sia a livello nazionale, sia *sub-statale*, sia internazionale, ma anche origine consuetudinaria. Dalle varie interazioni di attori pubblici e privati nei diversi *fora*, nazionali e internazionali, emerge questo nuovo tipo di diritto che, a sua volta, viene interpretato, internalizzato e applicato, dando così avvio a un nuovo processo.

Allo sviluppo del diritto costituzionale transnazionale come appena configurato, il CdE si avvale di diversi organi. Tra di essi, per il tema qui trattato, si ricordano in particolare il Comitato dei Ministri, la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (nota come Commissione di Venezia) e la Conferenza delle organizzazioni internazionali non-governative (d'ora innanzi: Conferenza delle OING).

Il Comitato dei Ministri è un organo intergovernativo, formato dai Ministri degli affari esteri degli Stati membri (art. 14, Statuto CdE), al quale, in quanto

⁷ Sulle posizioni dottrinali favorevoli a un simile inquadramento cfr. G. Buquicchio, P. Garrone, *L'harmonisation du droit constitutionnel européen: la contribution de la Commission européenne pour la démocratie par le droit*, in RDU 1998-2/3, 323 ss.; S. Bartole, *Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 13, n. 4, 2017, 1 ss.; P. Craig, *Constitucionalismo transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017, 79 ss. Quanto alla emersione del diritto transnazionale nelle sue differenti declinazioni, v. P.C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, 1956; A.S. Miller, *Transitional Transnational Law*, in 65 *Columbia L.R.* (1965); H.H. Koh, *Transnational Legal Process*, in 75 *Neb. L. Rev.* (1996); Id., *Why Transnational Law Matters*, in 24 *Penn St. Int'L Rev.* (2005-2006); C. Menkel-Meadow, *Why and How to Study "Transnational" Law*, in 1 *U.C. Irvine L. Rev.* (2011); R. Cottarell, *What is Transnational Law?*, in 37(2) *Law and Social Inquiry* (2012); E. Rindskopf Parker, *Why Do We Care About Transnational Law*, in 24 *Penn St. Int'L Rev.* (2005-2006); K. Tuori, *Transnational Law. On a Legal Hybrids and Perspectivism*, in M. Maduro, K. Tuori, S. Sankari (ed.), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014, 11 ss.; T.C. Halliday, G. Shaffer (eds.), *Transnational Legal Orders*, CUP, 2015; M. Avbelj, *Transnational Law between modernity and post-modernity*, in 7 *Trans. Legal Theory*, 2016; P. Zumbansen, K. Bhatt, *Transnational Constitutional Law*, King's College London, Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series: No. 2018-05.

⁸ Su questo concetto, e più diffusamente, si rinvia a S. Sassi, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Padova, 2018.

organo decisionale del CdE⁹, compete, tra l'altro, esaminare «le misure idonee ad attuare lo scopo del Consiglio» e stabilire «una politica comune da parte dei Governi circa questioni determinate» (art. 15, Statuto CdE). Le sue conclusioni possono assumere la forma di raccomandazioni ai Governi.

La Commissione di Venezia è, invece, organo consultivo del CdE, che, in ragione della sua composizione tecnica¹⁰, opera secondo un'attività scientifica meramente ricognitiva degli orientamenti costituzionali di fatto prevalenti negli ordinamenti degli Stati aderenti al CdE. Originariamente istituita con lo scopo di aiutare le giovani democrazie ad adottare testi costituzionali conformi ai principi e valori di quelli europei¹¹, oggigiorno la Commissione di Venezia offre al CdE, per il tramite dei suoi pareri, un controllo generalizzato *ex ante* su testi di natura costituzionale o legislativa di livello nazionale al fine di prevenire violazioni in ordine ai diritti umani e allo Stato di diritto in un determinato Paese, e/o a suggerire le modalità attraverso cui queste problematiche possono essere risolte. Questa attività si è talmente consolidata nel tempo da aver contribuito alla diffusione di principi comuni e valori costituzionali di fatto condivisi tra gli Stati membri del CdE garantendo agli stessi Paesi un “sostegno costituzionale”.

Si ricorda, infine, la Conferenza delle OING che, dopo aver acquistato il *participatory status*¹², dà voce alla società civile nel seno del CdE, contribuendo

⁹ L'art. 13 dello Statuto del CdE afferma che «il Comitato dei Ministri è l'organo competente ad agire in nome del Consiglio». Sul ruolo del Comitato dei Ministri del CdE cfr. E. Decaux, M. Eudes, *Conseil de l'Europe. Objectifs et structures politiques*, in *JurisClasseur Droit International*, 1 November 2009.

¹⁰ L'autorevolezza della Commissione deriva dal fatto che, come prescritto dall'art. 2 del suo Statuto, è composta da «esperti indipendenti di fama internazionale per la loro esperienza nelle istituzioni democratiche o per il loro contributo allo sviluppo del diritto e della scienza politica». In linea di massima, i suoi membri sono professori universitari, di diritto costituzionale o di diritto internazionale, giudici di Corti supreme, e alcuni membri di Parlamenti nazionali, i quali, designati dagli Stati membri, agiscono, durante il loro quadriennale mandato, in piena autonomia e indipendenza.

¹¹ Fu in particolare Antonio La Pergola, allora Ministro degli affari esteri per l'Italia, che nel 1990 propose l'istituzione di un organo capace di gestire al meglio la transizione democratica di alcuni ordinamenti resisi indipendenti dall'area di stampo socialista. La Commissione di Venezia venne inquadrata, infatti, in origine, come strumento di ingegneria costituzionale di emergenza. Sull'evoluzione storico-giuridica e politica della Commissione di Venezia cfr. G. Buquicchio, P. Garrone, *op. cit.*, 327 e A. Pecorario, *I vent'anni della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa: storia di uno dei più formidabili successi della diplomazia italiana nelle relazioni giuridiche internazionali*, in *Riv. Studi Politici*, 2010, 49 ss.

¹² La Conferenza delle OING, oramai organo istituzionale del CdE, è attualmente composta di 320 organizzazioni non-governative. Il CdE, fin dal 1952 ha conferito alle ONG, in riconoscimento del loro attivismo, un *consultative status*. Nel 2003 – con la risoluzione del Comitato dei Ministri (2003)8 – il CdE ha posto fine al loro ruolo consultivo attribuendo ad esse – con la risoluzione del Comitato dei Ministri (2005)47 – un *participatory status*. Di recente poi, con la risoluzione del Comitato dei Ministri 2016(3), che modifica quella del 2003, il CdE ha non solo ridefinito i criteri per ottenere lo *status* partecipativo secondo una logica di maggiore trasparenza ma ha equiparato il ruolo della Conferenza con quella degli altri organi istituzionali nell'ambito del suo processo decisionale: «the development and reinforcement of this cooperation between INGOs and the Committee of Ministers and its subsidiary bodies, as well as with the Parliamentary Assembly and the Congress of Local and Regional Authorities of Europe has led to the “Quadrilogue” which is, within the Council of Europe, an expression of democratic pluralism and an essential element for the further development of a citizens' Europe». Per ulteriori approfondimenti v. Conference of INGOs of the Council of

attivamente, insieme agli altri organi istituzionali, a elaborare, sia nella fase ascendente sia in quella discendente, le sue politiche e i suoi atti.

Ebbene, il CdE, alla luce della sua natura e degli scopi che persegue, sta divenendo sempre più catalizzatore dello sviluppo di forme partecipative della società civile nei processi decisionali di livello statale. Tanto è che diversi sono, quanto a natura e forza, gli atti dallo stesso adottati al riguardo. Tra di essi si ricordano, in particolare: (a) il «Codice di buone prassi per la partecipazione civile nel processo decisionale» adottato nel 2009 dalla Conferenza delle OING (d'ora innanzi: Codice del 2009) su impulso di una raccomandazione del 2007 del Comitato dei Ministri del CdE¹³; (b) le «Linee guida per la partecipazione civile nel processo decisionale politico» adottate nel settembre del 2017 dal Comitato dei Ministri del CdE¹⁴ (d'ora innanzi: Linee guida del 2017).

Questi due atti sono importanti essenzialmente per due motivi.

In prima battuta, perché, sebbene non vincolanti gli Stati aderenti al CdE, fungono da paradigma per le autorità nazionali – Parlamenti, Governi e poteri pubblici – che vogliano sviluppare iniziative volte a favorire la partecipazione degli individui, delle organizzazioni non governative e della società civile nei processi decisionali di livello statale¹⁵.

In second'ordine, perché sia il Codice del 2009 sia le Linee guida del 2017 chiariscono, a differenza di tanti altri atti adottati da organizzazioni internazionali, sovranazionali e nazionali, una serie di concetti tanto cruciali quanto sfuggenti in quest'ambito specifico. Si fornisce, ad esempio, la definizione di democrazia partecipativa¹⁶. Si individuano i soggetti legittimati a esercitare il diritto a

Europe, *A word from the President on the occasion of the 40th anniversary of the Conference of INGOs of the Council of Europe*, 6.1.2017, in <https://rm.coe.int/6806ecbd2>.

¹³ CM/rec(2007)14, in cui si riconosceva «il contributo essenziale fornito dalle organizzazioni non governative allo sviluppo e alla attuazione della democrazia e dei diritti umani, in particolare promuovendo [...] la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica, garantendo la trasparenza e la responsabilità delle autorità pubbliche». Proprio sotto l'impulso di questa raccomandazione, i partecipanti al *forum* del Consiglio d'Europa per il futuro della democrazia, tenutosi in Svezia nel 2007, hanno invitato la Conferenza delle OING a redigere un codice di buone prassi per la partecipazione, che affrontasse temi come il meccanismo di partecipazione delle ONG al processo decisionale e il coinvolgimento della società civile nelle politiche pubbliche. La Conferenza delle OING ha accettato l'incarico e, con la partecipazione di affermati esponenti della società civile, nell'ambito di un processo paneuropeo, ha elaborato e adottato, per l'appunto, il «Code of Good Practice for Civil Participation in the Decision-Making Process (HDIM.IO/0437/09, 6.10.2009)».

¹⁴ «Guidelines for civil participation in political decision making», CM(2017)83-final.

¹⁵ P.to II del Codice per la partecipazione civile del 2009. V. anche p.ti 33 e 34 delle Linee guida del 2017.

¹⁶ La democrazia partecipativa è «based on the right to seek to determine or to influence the exercise of a public authority's powers and responsibilities» e «contributes to representative and direct democracy», *quarto considerando* delle Linee guida del 2017. Quanto al concetto di democrazia partecipativa sviluppato in dottrina, *ex multis*, U. Allegretti (a cura di), *La democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010 e Id., *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.*, Annali, IV, Milano, 2011; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 325 ss.

partecipare¹⁷, i principi che lo governano¹⁸ nonché le condizioni che rendono effettiva la partecipazione civile¹⁹. Si marca una distinzione tra la partecipazione della società civile al processo decisionale e quella svolta dalle *lobbies*, da una parte, nonché dai partiti politici²⁰, dall'altra parte. Si spiega che cosa si intende per società civile in generale (*civil society at large*²¹). Infine, sia il Codice del 2009 e sia le Linee guida del 2017 indicano le modalità e gli strumenti di attuazione della partecipazione della società civile²².

2738

3. La disciplina della partecipazione della società civile nel Regno Unito e in Ungheria: una comparazione per differenze

Al fine di comprendere se i meccanismi di coordinamento sviluppati dal CdE, volti a ricomporre un certo ordine giuridico quanto alla regolamentazione dei molteplici circuiti decisionali e di partecipazione elaborati nel tempo dalle democrazie contemporanee, siano effettivi, naturale si presenta verificare se i Paesi aderenti all'organizzazione *de qua* si sono adeguati ai suoi atti²³, e in particolare al Codice del 2009 e alle Linee guida del 2017.

¹⁷ Il diritto alla partecipazione civile può essere esercitato sia dagli individui sia dalle organizzazioni non-governative sia dalla società civile in genere («civil society at large»), quarto considerando e p.to 2.a. delle Linee guida del 2017.

¹⁸ I principi fondamentali della partecipazione civile sono: a) partecipazione; b) fiducia; c) responsabilità e trasparenza; d) indipendenza. Al riguardo v. p.to III.ii del Codice per la partecipazione civile del 2009 e p.to 4 delle Linee guida del 2017.

¹⁹ Al fine di sviluppare una democrazia partecipativa si richiede, anzitutto, l'esercizio effettivo della libertà di espressione, di riunione e di associazione. Inoltre, per garantire un'integrazione, senza alcuna discriminazione, del contributo della società civile al processo decisionale politico occorre che vi sia il rispetto «dello Stato di diritto, l'adesione ai principi democratici fondamentali, la volontà politica, una legislazione appropriata, procedure chiare e precise, un sostegno durevole e disponibilità di risorse». Al riguardo cfr. p.to III.iii del Codice per la partecipazione civile del 2009 e p.to 3 delle Linee guida del 2017.

²⁰ «Civil participation in political decision-making is distinct from political activities in terms of direct engagement with political parties and from lobbying in relation to business interests», p.to 2.a. delle Linee guida del 2017.

²¹ Per società civile in genere si intende l'insieme di individui e gruppi, più o meno organizzati, attraverso cui è possibile trasmettere, alle autorità pubbliche, le istanze dei loro membri o promuovere gli interessi della società nonché le rispettive opinioni. In questa categoria rientrano le organizzazioni professionali e di base, le università e i centri di ricerca, le organizzazioni religiose e non-confessionali e i difensori dei diritti umani, p.to 2.d delle Linee guida del 2017.

²² La partecipazione civile nel processo decisionale si manifesta in quattro forme che vengono qui elencate secondo un ordine crescente di intensità relazionale tra gli *stakeholders* e le autorità pubbliche: informazione; consultazione; dialogo; coinvolgimento attivo. Ciascuna di esse impiega, a sua volta, diversi strumenti attuativi in ragione della fase del processo decisionale in cui si inserisce. Preme ricordare che la combinazione di tutti questi elementi forma una matrice della partecipazione civile che permette di rilevare la natura interdipendente del processo. Per dettagli v. par. IV del Codice per la partecipazione civile del 2009 e par. V delle Linee guida del 2017.

²³ Sull'argomento è interessante il rapporto, *Civil participation in decision-making processes. On overview of Standards and Practices in Council of Europe Member States*, curato da I. Rosenzweigova, V. Skoric, H. Asipovich, Strasbourg, May 2016, commissionato dal CdE, per il tramite dello European Committee on Democracy and Governance, allo European Center for Not-for-profit Law. Altrettanto interessanti sono i rapporti elaborati dalla Conferenza delle OING, a seguito di suoi incontri con alcune ONG o altri *stakeholders* del Paese oggetto

Più specificamente, gli Stati oggetto di analisi sono il Regno Unito e l'Ungheria giacché, dati i loro formanti giuridici, permettono una comparazione per differenze.

Al riguardo, preme ricordare che entrambi i Paesi sono dotati di un *corpus* giuridico che disciplina meccanismi di partecipazione civile nei loro processi decisionali; l'uno, il Regno Unito, prevalentemente per via di prassi, l'altro, l'Ungheria, per via legislativa.

Tuttavia, mentre il Regno Unito — nonostante il suo assetto costituzionale sia ancora governato dal principio di supremazia del Parlamento — si rivela sostanzialmente e formalmente aderente al percorso di diritto elaborato dal CdE, l'Ungheria, di contro, lo è solo formalmente, e non senza qualche criticità; sostanzialmente, infatti, come vedremo, non è affatto conforme al quadro delineato dal CdE.

3.1. Il caso britannico: da culla della democrazia rappresentativa a incubatore della democrazia partecipativa

2739

Per quanto paradossale possa sembrare, il Regno Unito – culla della democrazia rappresentativa – può annoverarsi tra gli Stati che al meglio stanno cercando di attuare i meccanismi e le procedure tipiche della democrazia partecipativa, perlomeno come configurati dal CdE. Ciò è dovuto principalmente allo spirito pragmatico con cui da sempre l'ordinamento britannico governa la “cosa pubblica”. La volontà, da un lato, di restaurare la fiducia del pubblico nelle istituzioni e, dall'altro, di porre argine allo strapotere della maggioranza, per consentire, quindi, all'opposizione e ai *backbenchers* di esercitare le rispettive funzioni di indirizzo e controllo politico sul Governo, sono alcune delle ragioni da tenere in considerazione per comprendere le soluzioni giuridiche adottate di recente dal Regno Unito per coinvolgere sensibilmente il pubblico nei suoi procedimenti legislativi.

Invero, anche il sapiente impiego delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione ha permesso il raggiungimento di un simile risultato, soprattutto con riferimento all'implementazione dei principi di trasparenza, di apertura, di diffusione e di accesso alle informazioni²⁴, previsti appunto dal Codice

di indagine: sul punto v. *Participation of NGOs in the decision-making process in the Republic of Moldova – Report – Chisinau, Republic of Moldova, 9-11 November 2015*; *Fact-finding of the Conference of INGOs of the Council of Europe to Sofia. Analytical report*, Bulgaria, 23-25 November 2015; *Civil Participation in the decision-making process. Fact finding in Germany – Report*, 24-26 October 2016; *NGO participation in the decision-making process. Scoping visit to Romania – Report*, 12-13 September 2016; *Participation of NGOs in the decision-making process in the Republic of Poland – Report*, June 2016; *Civil Participation in the decision-making process – Fact finding visit in Hungary – Report*, 20-22 November 2016. Tutti questi, e altri, rapporti si trovano nel *Website* del CdE.

²⁴ È di questo parere buona parte della dottrina inglese, sebbene non si nascondano le criticità: al riguardo cfr. P. Whiteley, *The State of Participation in Britain*, in *Parl. Affairs* (2003), 56, 610 ss.; S. Ward, R. Gibson, W. Lusoli, *Online Participation and Mobilisation in Britain: Hype, Hope and Reality*, in *Parl. Affairs* (2003), 56, 652 ss.; C. Di Gennaro, W. Dutton, *The Internet and the Public: Online and Offline Political Participation in the United Kingdom*, in *Parl. Affairs* (2006),

del 2009 e dalle Linee guida del 2017. Tuttavia, la consapevolezza, per un verso, che il supporto tecnologico «is only part of the answer»²⁵, e la determinazione, per altro verso, di andare oltre un livello di partecipazione, che, secondo i canoni degli atti adottati dal CdE, è di livello basso/medio-basso, hanno comportato l'elaborazione di una serie di canali partecipativi, formali e non, che, nel loro insieme, stanno contribuendo a dare “voce” anche al pubblico nel procedimento legislativo formale.

Una prima forma embrionale di coinvolgimento del pubblico con il Parlamento britannico si rileva nel 1978 con l'istituzione della *House of Commons Enquiry Service* e con la nomina, negli anni '80, del primo *Education Officer*²⁶. È solo però dal 2004²⁷ che si registrano innovazioni legislative tali da rilevare una quanto più vicina conformità alla matrice di democrazia partecipativa così come proposta dal CdE.

Alla luce della matrice prevista dagli atti del CdE in tema di partecipazione civile, individuiamo, ora, le diverse manifestazioni in cui l'ordinamento inglese attua la partecipazione a seconda che questa si attivi “dall'alto verso il basso” (secondo la formula ‘*top-down*’) ovvero dal “basso verso l'alto” (secondo la formula ‘*bottom-up*’).

a) La partecipazione ‘*top-down*’

Secondo quanto previsto dal Codice del 2009 e dalle Linee guida del 2017, in questo tipo di partecipazione rientrano l'informazione e la consultazione, ovvero due forme di partecipazione che configurano un'intensità relazionale tra i governanti e i governati di livello basso/medio-basso, poiché si attivano dall'“alto verso il basso”. Se l'informazione consiste nella mera erogazione, da parte delle autorità pubbliche, di informazioni, senza prevedere alcuna interazione con il pubblico, la consultazione consente, invece, una partecipazione “reattiva” del pubblico di fronte alle questioni poste dal decisore pubblico.

59, 299 ss.; C. Leston-Bandeira, *Studying the Relationship between Parliament and Citizens*, in *J. of Legislative Studies*, vol. 18, No. 3-4, 2012, 269.

²⁵ Digital Democracy Commission, *Open Up! Report of the Speaker's Commission on Digital Democracy*, January 2015, 7 e 14.

²⁶ Altri istituti da ricordare sotto questo profilo sono le *hearings*, i *private bills* e gli *online forums* impiegati sempre più spesso dalle *select committees*. Al riguardo v. A. Walker, *A People's Parliament?*, in *Parl. Affairs* (2012), 65, 270 ss. e R. Kelly, *Private Bills in Parliament: House of Commons Background Paper*, in *HC Library – Sec. Parliament and Constitution Centre*, 7 January 2014.

²⁷ In particolare due *reports* devono essere citati: l'uno, *Connecting Parliament with the Public* (2004), elaborato dalla Select Committee on Modernisation of the House of Commons, l'altro, *Members Only? Parliament in the Public Eye* (2005), ad opera della Commission on the Communication of Parliamentary Democracy (c.d. Puttnam Commission, per Hansard Society). Ne sono seguiti altri, sulla base dei quali sono state, successivamente, sviluppate diverse riforme che hanno rilevato la necessità di un maggior coinvolgimento del pubblico con Westminster. Tra di esse ricordiamo, in particolare, la House of Commons Reform Committee, *Rebuilding the House*, 24.11.2009, HC 1117 2008-09 (nota ai più come Wright Committee, dal suo estensore), cui è seguita la Political and Constitutional Reform Committee, *Revisiting Rebuilding the House: the impact of the Wright reforms*, 18.7.2013, HC 82 2013-2014.

Per quanto riguarda l'informazione, il Regno Unito è uno tra i Paesi del CdE che più tardivamente ha adottato una disciplina a tutela del diritto di accesso all'informazione²⁸. Nonostante ciò, attualmente Westminster è tra i Parlamenti maggiormente attivi nel fornire, soprattutto *on-line*, informazioni relative al suo processo decisionale²⁹.

Un ulteriore canale al quale le istituzioni britanniche ricorrono sempre più diffusamente per coinvolgere il pubblico nel loro processo decisionale è indubbiamente la consultazione. Al riguardo, il *Consultation Principles 2018*³⁰ prevede che il Governo, prima di proporre un atto legislativo, debba procedere ad ampie e informali consultazioni al fine di identificare gli interessi che vi gravitano e per raccogliere, tra il pubblico, le diverse opinioni e i vari suggerimenti al riguardo. Il successo di questa prima fase apre la possibilità di svolgere ulteriori consultazioni, questa volta formali però, su *Green Paper* e/o su *White Paper*, per stimolare ulteriori dibattiti. Sebbene questo meccanismo vada salutato con favore, il fatto che sia avviato prima dell'adozione formale di una proposta legislativa – e, pertanto, collocato in una fase differente ma funzionale al procedimento legislativo inglese –, lo rende alquanto versatile, conferendo inevitabilmente al Governo un ampio potere discrezionale quanto alle tempistiche e alle modalità della sua attivazione.

Al fine di temperare questi aspetti, dal 2009³¹ il Parlamento inglese ha fatto propri alcuni strumenti partecipativi che hanno permesso al pubblico di esprimere la propria “voce” anche all'interno del suo procedimento legislativo. È il caso del *Public Reading Stage* (d'ora innanzi: PRS), meccanismo introdotto per la prima volta nel 2013 nell'*iter* legislativo della Camera dei Comuni³², e precisamente a

²⁸ Anche se già nel '78 si cercò di adottare una legge sul diritto all'informazione solo nel 1997, con l'ascesa al potere dei Conservatori, venne presa seriamente in considerazione l'elaborazione di un simile atto. L'entrata in vigore del *Freedom of Information Act 2000* slittò al gennaio 2005 in ragione dell'attacco alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001. Per dettagli sul suo contenuto v. T. Mendel, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, Paris, 2008, 119 ss.

²⁹ I cittadini possono attualmente essere coinvolti nelle dinamiche parlamentari sia formalmente sia informalmente: incontrando personalmente il membro del Parlamento, ovvero contattandolo *on-line*, aderendo a eventi organizzati dal Parlamento sia *on-line* sia *off-line*, o ancora avviando *digital debates*. Per avere un'idea della quantità significativa degli strumenti impiegati da Westminster per fornire informazioni al pubblico e/o a coinvolgerlo nelle sue attività v. *Parliaments and Public Engagement. Innovation and Good Practice from Around the World*, London, 2011; E. Uberoi, *Public engagement in the UK Parliament: overview and statistics*, Briefing Paper, N. 8158, 24 November 2017, HC Library, 3 ss.; R. Kelly, C. Bochel, *Parliament's engagement with the public*, Briefing Paper, N. 8279, 6 April 2018, HC Library, 9-12.

³⁰ Il primo *Code on Practice on Consultation* risale al 2004, quale elaborazione di uno dei cinque *compacts* al *Compact Code of Good Practice on Consultation and Policy Appraisal*, che era stato a sua volta adottato in attuazione del *Compact on Government's Relations with the Voluntary and Community Sector*. Il *Code* del 2004 è stato successivamente oggetto di ampie modifiche: nel 2008, nel 2012 e, di recente, nel 2018.

³¹ L'avvio nel Regno Unito di un laboratorio che trovasse soluzioni adeguate alla pressante necessità di un maggiore coinvolgimento del pubblico nei processi decisionali si deve in particolare alla House Reform Committee, *Rebuilding the House*, cit., cui è seguita, ad opera della Political and Constitutional Reform Committee, *Revisiting Rebuilding the House*, cit.

³² Invero questo meccanismo era stato pensato dal Governo di coalizione del 2010 per consentire al pubblico di commentare *on-line* gli atti legislativi ed è stato utilizzato dal

cavallo tra la seconda lettura e la fase della commissione, con lo scopo di permettere agli interessati di commentare la proposta di legge prima del suo passaggio in *committee stage*. Concretamente questo meccanismo è stato impiegato per adottare il *Children and Families Act 2014*. Nello specifico il PRS è stato attivato attraverso un *web-forum*³³ aperto sul *Website* del Parlamento nelle due settimane successive alla seconda lettura del *bill*. Nonostante la consultazione abbia avuto successo in termini di tassi di partecipazione e di elaborazione di commenti³⁴, non altrettanto può dirsi in termini di influenza decisiva sulla legge. Sotto il profilo strettamente giuridico, la scelta di collocare il PRS in una fase dell'*iter* legislativo in cui le negoziazioni più significative sono state già raggiunte si è rivelata strategicamente inadeguata. Il sistema e la forte disciplina partitica esistenti a Westminster non permettono, infatti, dopo la *second reading*, se non con grandi difficoltà, di apportare (anche lievi) cambiamenti al disegno di legge: la Camera, in questa fase, è vincolata dalla decisione assunta in seconda lettura e gli emendamenti che seguono devono pertanto essere coerenti³⁵. Probabilmente se il PRS fosse inserito prima che le commissioni parlamentari procedano al *pre-legislative scrutiny*³⁶, ovvero quando il disegno di legge è ancora nel suo percorso di bozza, e il Governo è ancora potenzialmente aperto a modifiche, lo strumento in esame potrebbe condizionare in una qualche misura significativa il testo legislativo finale.

b) La partecipazione 'bottom-up'

In questa forma di partecipazione—secondo il Codice del 2009 e le Linee guida del 2017 del CdE—si annoverano il dialogo e la c.d. *partnership*. Entrambi configurano una partecipazione di livello medio-alto/alto del pubblico nel processo decisionale giacché, pur nella loro rispettiva specificità, le decisioni da assumere, quanto alle domande da porre, alle tempistiche da rispettare nel fornire/attendere le risposte,

Governo nel 2012 solo in due esperienze pilota. Nonostante il riscontro fosse stato positivo, il Governo fu reticente a consolidare questo meccanismo nel procedimento legislativo, valutando, piuttosto, di volta in volta, quando fosse opportuno un suo impiego. Sul punto v. C. Leston-Bandeira, L. Thompson, *Integrating the view of the public into formal legislative process; public reading stage in the UK House of Commons*, in *J. Legislative Studies*, vol. 23, No. 4, 2017, 513 ss.

³³ Il *forum on-line* è stato suddiviso in 8 sezioni, ciascuna afferente alle principali tematiche: C. Leston-Bandeira, *op.cit.*, *ibidem*, 514 ss.

³⁴ I commenti complessivamente sono stati 1402, la maggior parte dei quali (51%) ha fornito specifici dettagli e opinioni al disegno di legge offerti, prevalentemente, da individui (70%), e da associazioni per lo più caritatevoli. I commenti rilasciati sono rimasti disponibili per un anno intero: C. Leston-Bandeira, *op. cit.*, *ibidem*, 514.

³⁵ Questa problematica è ben evidenziata da J. Levy, *Strengthening Parliament's Powers of Scrutiny? An Assessment of the introduction of Public Bill Committees*, London, 2009.

³⁶ Intorno al *parliamentary pre-legislative scrutiny of draft bills* vi è una forte pressione da parte del Parlamento inglese quanto a un suo consolidamento all'interno del processo legislativo, proprio perché si ritiene istituto utile per una maggiore e migliore partecipazione: al riguardo cfr. Constitution Committee, *Parliament and the Legislative Process*, 14th Report, Session 2003-04, HL Paper 173 e House of Lords, Select Committee on the Constitution, *The Legislative Process: Preparing Legislation for Parliament*, 4th Report, Session 2017-19, HL Paper 27.

ai soggetti da ascoltare, nonché alle modalità attraverso cui esse si attivano, non spettano in via esclusiva all'autorità decidente ma anche allo stesso pubblico.

Tra gli esempi che in questa sede si possono citare vi è certamente l'*e-petition system* approvato con una mozione adottata all'unanimità dalla Camera dei Comuni l'8 maggio 2014 e divenuto operativo dal luglio 2015.

Che l'istituto della petizione non sia nuovo nell'ordinamento britannico è cosa nota³⁷. Il sistema, tuttavia, dopo alterne fortune³⁸, è tornato in auge solo in tempi recenti. Nel 2006 il Governo Blair istituiva il *10 Downing Street system*, ovvero un sistema governato in via esclusiva da Whitehall. Nel 2011 il Governo di coalizione tra i Conservatori e i Liberal Democratici lo ha modificato nella sua amministrazione, ricorrendo al supporto di Internet. Attualmente, invece, l'*e-petition system* si basa su una gestione collaborativa e trasparente delle petizioni tra il Parlamento e il Governo per il tramite della istituenda *House of Commons Petitions Committee* (d'ora innanzi: *HC Petitions Committee*)³⁹. Questo nuovo sistema permette a chiunque di presentare petizioni *on-line*⁴⁰ presso la commissione per le petizioni che ha il compito di controllare il processo e di fare da collante tra i *petitioners*, da un lato, e il Parlamento e il Governo, dall'altro lato. Una volta che le petizioni sono presentate e accettate dalla commissione, esse possono ricevere supporto *on-line* da altri soggetti. Nel caso in cui si raggiungano 10.000 sottoscrizioni, il Governo è obbligato, entro ventuno giorni, a rispondere; oltre le 100.000 firme, la *HC Petitions Committee* ha il dovere di aprire un dibattito, a meno che il Parlamento non abbia già disposto al riguardo. Se ciò non accade, o se la petizione non venisse accolta, la commissione ha l'obbligo di motivare la decisione e di pubblicarla sul suo *Website*. Comunque sia, tutti coloro che hanno proposto e supportato la petizione devono essere edotti del suo stato di avanzamento nonché della posizione assunta al riguardo dal Governo. La *HC Petitions Committee*, se del caso, può anche valutare di avviare inchieste, o discussioni orali, *web-forum* e così via. Essa, inoltre, ha il dovere di elencare, per ciascuna petizione presentata, tutte le azioni intraprese nonché rinviare, ai rispettivi *links*, le trascrizioni e lo *streaming web* delle sessioni parlamentari a ciò pertinenti⁴¹.

³⁷ Una sua prima forma embrionale viene fatta risalire, addirittura, all'epoca di Riccardo II: sull'evoluzione dell'istituto si rinvia a *The Governance of Britain*, CM 7170, July 2007, 46 e a C. Bochel, *Process matters: petitions systems in Britain's legislatures*, in *J. Legislative Studies*, vol. 22, No. 3, 2016, 368.

³⁸ Il sistema delle petizioni ha avuto, in Inghilterra, il massimo impiego tra il XVII e l'inizio del XIX secolo. Poi il declino, da quando si è cominciato a pensare che le petizioni ostacolassero il lavoro del Parlamento, ma soprattutto quello del Governo. Così, nel 1842, Sir Robert Peel, l'allora Presidente della Camera, introdusse una serie di *standing orders* che efficacemente limitavano il dibattito sulle petizioni presentate, mentre nel 1974 venne abolita la *Petitions Committee*. *HC Procedure Committee, e-Petitions*, First Report of Session 2007-08, HC 136, 6.4.2008, 5 ss.

³⁹ Commissione che, secondo il pensiero del Presidente della *House of Commons*, avrebbe dovuto essere «the catalyst for a fundamental change in relationship between Parliament and petitioner», Hague, HC Debates 24 February 2015: col.256.

⁴⁰ In particolare sul sito petition.parliament.uk.

⁴¹ Sul sistema nella sua gestione v. M. Asher, C. Leston-Bandeira, V. Spaiser, *Assessing the effectiveness of e-petitioning through Twitter conversations*, in <https://www.oidp.net/docs/repo/doc174.pdf> (2017).

Complessivamente è possibile sostenere che nel sistema inglese è in atto un cambiamento significativo: se fino a pochi decenni orsono la relazione tra Parlamento e cittadini non era certamente una priorità nell'agenda di Westminster, ora, per contro, è divenuta argomento centrale.

Gli strumenti e i meccanismi trasversali che di recente il Regno Unito ha elaborato per dare voce, nei suoi processi decisionali, anche alle istanze del pubblico, sono indicativi di questo nuovo atteggiamento. Il diffuso impiego degli strumenti elettronici ha contribuito, in larga misura, a implementare i principi del Codice del 2009 e delle Linee guida del 2017, ovvero quello di apertura, di trasparenza e di inclusività. Alcuni meccanismi, inoltre, hanno adeguatamente attuato una delle tipologie di partecipazione previste dalle *guidelines* del CdE, vale a dire l'informazione. La libertà-diritto all'informazione è stata resa effettiva nella sua duplice dimensione, che consiste, per un verso, nella libertà-diritto di informarsi, e, per altro verso, nella libertà-diritto ad essere informati. Ne sia di esempio, come già riportato, la fattività con cui Westminster ha progressivamente stretto il rapporto tra il pubblico e i membri del Parlamento, da un lato, e reso accessibili e comprensibili i procedimenti legislativi, dall'altro, avvalendosi, in particolar modo, delle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informatica. Il Parlamento inglese si è mostrato attento anche a elaborare, all'interno del suo procedimento legislativo, meccanismi che vanno oltre la mera trasmissione di informazioni, concretizzando, per conseguenza, un'ulteriore tipologia di partecipazione di cui alle *guidelines* del CdE, ossia la consultazione. Accanto, infatti, all'istituto della consultazione pubblica, formale o informale che sia, divenuto, peraltro, parte integrante dei processi legislativi previsti dal Regno Unito, si individuano ulteriori canali partecipativi: è il caso del PRS che, per quanto abbisogni di migliorie, si mostra un valido strumento per integrare la voce del pubblico nell'*iter* legislativo.

Il Parlamento inglese, infine, ha sviluppato forme partecipative qualificate dalle *guidelines* del CdE di livello alto, laddove l'iniziativa può essere presa tanto dalle parti interessate quanto dalle istituzioni pubbliche. In tal senso si deve interpretare la ferma volontà di Westminster di riattivare il sistema delle petizioni.

Un siffatto quadro mostra con chiarezza l'obiettivo del Parlamento inglese: rafforzare la democrazia rappresentativa, non sostituirla. Altrettanto chiaro è, però, per la stessa istituzione, che un simile risultato può essere raggiunto solo se la democrazia rappresentativa risponde adeguatamente alle istanze del pubblico da realizzarsi in sede deliberative⁴². In quest'ottica deve dunque essere letta la variegata tipologia di canali di recente elaborati.

3.2. Il caso ungherese: da aderente alla rule of law ad aderente alla arbitrary rule

Come già detto, la qualità di una democrazia si misura anche dal tipo di rapporto che intercorre tra rappresentanti e rappresentati una volta che il loro legame, per

⁴² Al riguardo v. HC Reform Committee, *Rebuilding the House*, cit., par. 287.

il tramite di libere, segrete e periodiche elezioni, si è instaurato. Secondo i parametri del costituzionalismo, uno Stato può definirsi democratico se prevede nel suo seno una serie di meccanismi in grado di sviluppare procedure dialettico-contraddittorie che sintetizzano la tesi e l'antitesi degli interessi politici, al fine di impedire la "tirannide della maggioranza", ovvero il dominio delle idee e delle pratiche della maggioranza (popolare e parlamentare) su quelle di altra parte della società, a tutela della minoranza⁴³.

Ebbene se così è, il grado di democraticità dello Stato ungherese è tutto da verificare.

L'Ungheria, a differenza del Regno Unito, ha da sempre previsto istituti e meccanismi partecipativi delle organizzazioni sociali nel suo *law making process*, e ciò sia quando aderiva all'ideologia socialista sia quando, tra il 1989-1990, ha aderito all'ideologia dello Stato liberal-democratico.

Prima del crollo del muro di Berlino, la Costituzione ungherese del 1949⁴⁴ prevedeva diverse disposizioni relative alla partecipazione del popolo in quanto elemento costitutivo della forma di Stato socialista quale «componente fondamentale del centralismo democratico»⁴⁵. Nella visione socialista l'attiva cooperazione delle masse all'amministrazione dello Stato è funzionale alla realizzazione della medesima società⁴⁶. La partecipazione è intesa in questo regime in maniera differente rispetto a quello liberale: vale a dire non come il prendere parte alle attività degli organi statali nel loro pluralismo bensì secondo la tipica visione monista di stampo socialista del potere pubblico, ossia come «uno degli strumenti essenziali per lo svolgimento di quel lungo processo evolutivo verso l'autogoverno»⁴⁷.

Il mutamento dell'ordine degli addendi non cambia, però, il risultato, nemmeno dopo il crollo del muro di Berlino⁴⁸. L'Ungheria, infatti, mantiene fermo l'istituto, e ciò, come vedremo, anche e nonostante l'ascesa al potere di Viktor Orbán che, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore nel 2012 della nuova

⁴³ Su queste posizioni, peraltro affermate da Madison nel 1778 in America, da de Tocqueville nel 1835 in Francia, e da Stuart Mill nel 1859 in Inghilterra, v. per tutti H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, trad. it. a cura di M. Barberis, Bologna, 1998, 104 ss.

⁴⁴ A proposito, occorre ricordare che l'Ungheria, fino al 2012, aveva mantenuto formalmente la numerazione originale della c.d. Costituzione storica. Sostanzialmente, però, dopo il crollo del muro di Berlino, essa era stata ampiamente emendata in ragione della sua adesione al regime liberale-democratico. Così P. Paczolay, *Le garanzie costituzionali, paper* distribuito in occasione dell'evento su "La nuova Legge fondamentale ungherese", organizzato dal Dipartimento di Studi giuridici dell'Università Bocconi, Milano, in collaborazione con il Consolato Generale d'Ungheria, il 29.11.2012.

⁴⁵ Così M. Ganino, *Partecipare nella società socialista. Forme di manifestazione diretta dell'opinione e della volontà dei cittadini negli "Stati socialisti" europei*, Milano, 1987, 17 ss.

⁴⁶ Cfr. A.K. Makhnenko, *The State Law of the Socialist Countries*, Mosca, 1976, 248 ss.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Per uno sguardo d'insieme sulla normativa ungherese in tema di partecipazione del pubblico al processo decisionale dopo il 1989-90 cfr. S. Rose-Ackerman, *From Elections to Democracy in Central Europe: Public Participation and the Role of Civil Society*, in *East European Politics and Societies*, Vol. 21, No. 1, 2007, 31 ss. e L. Komáromi, *Participatory Democracy: International and European Tendencies, Constitutional Framework in Visegrád Countries, Hungarian Instruments and Experiences*, in *Iustum Aequum Salutare*, XL.2015, 3, 55 ss.

Costituzione ungherese, adottata nel 2011 tra proteste popolari e critiche dei *media* e della Commissione di Venezia⁴⁹, ha depotenziato progressivamente l'assetto democratico del Paese⁵⁰.

3.2.1. La disciplina della partecipazione civile in Ungheria

Il 22 novembre 2010 l'Assemblea nazionale ungherese, in applicazione dell'art. 36 della Cost. del '49⁵¹, adottava l'*Act CXXXI of 2010 on Public Participation in Developing Legislation*⁵² (d'ora innanzi: *Act* del 2010) con cui, al fine «di sviluppare una legislazione che rientri nel concetto di buona governance» (preambolo dell'*Act* del 2010), disciplinava la partecipazione del pubblico al processo decisionale ungherese⁵³.

Coerentemente con il disposto costituzionale sopra citato, l'*Act* del 2010 prevede, anzitutto, che il pubblico possa partecipare, in un quadro governato dai

⁴⁹ La Commissione di Venezia ha espresso varie opinioni sia sulla nuova Costituzione sia sul suo processo di stesura: cfr. le opinioni nn. CDL(2011)016, CDL(2011)001. Successivamente la Carta ha subito ulteriori modifiche, sette delle quali sono state approvate con legge di revisione costituzionale. Tra di esse, il Quarto emendamento, limitando in misura consistente alcune libertà nonché l'autonomia della Corte costituzionale, ha suscitato preoccupazioni tali da aver spinto la Commissione di Venezia ad adottare nel giugno del 2013 un'opinione appena dopo l'approvazione del testo (CDL-AD(2013)012). Per commenti della dottrina sul nuovo testo costituzionale cfr. il volume monografico di DPCE a cura di G.F. Ferrari, *La nuova legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012; G.A. Toth, *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Budapest, Central European University Press, 2012; A. Vincze, M. Varju, *Hungary The New Fundamental Law*, in *Eur. Public L.*, (2012), 437 ss.; A. Von Bogdandy, M. Kottmann, C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrel, M. Smrkolj, *Reverse Solange – Protect the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States*, in *Common Market L. Rev.* (2012), 49, 489 ss.; I. Pogány, *The Crisis of Democracy in East Central Europe: The 'New Constitutionalism' in Hungary*, in *Eur. Public L.* 19, n. 2 (2013), 341 ss.; F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013.

⁵⁰ Ciò è accaduto attraverso una serie di leggi sulle quali la Commissione di Venezia ha espresso alcune opinioni. Tra di esse, si ricordano le più significative: legge CLXII del 2011 relativa allo *status* giuridico ed economico dei giudici in Ungheria (CDL-AD(2012)001-e); legge CLI del 2011 sulla Corte costituzionale ungherese (CDL-AD(2012)009); sulle leggi cardinali riguardanti la magistratura, modificati a seguito dell'adozione del parere CDL-AD(2012)001 (CDL-AD(2012)020-e); legge CCVI del 2011 relativa al diritto alla libertà di coscienza e di religione e allo statuto giuridico delle chiese, delle denominazioni e delle comunità religiose in Ungheria (CDL-AD(2012)04-e); nonché legge riguardante l'elezione dei deputati ungheresi (parere congiunto con l'OCSE - CDL-AD(2012)012-e). Sui recenti atti normativi adottati dall'Ungheria e che hanno ancora sollevato dubbi, critiche e proteste v. G. Poggeschi, *Il cosiddetto pacchetto legislativo "stop-soros" e la nuova revisione costituzionale ungherese: un altro passo (xenofobo) verso il consolidamento di una "democrazia illiberale"*, in *dpceonline.it*, n. 2/2018.

⁵¹ Secondo cui «il Governo sotto sua responsabilità deve cooperare con le organizzazioni della società civile e con lo scopo di migliorare la qualità e l'effettività della legislazione ungherese».

⁵² Per un puntuale commento si rinvia a V.L. Vétesy, *The Public Participation in the Drafting of Legislation in Hungary*, in *Int'l Pub. Admin. Rev.*, 14(4), 2016, 115 ss.

⁵³ Il procedimento legislativo ungherese trova la sua disciplina nella Costituzione, nei regolamenti parlamentari (peraltro emendati nel 2014) nella legislazione ordinaria (*Act on Legislation* – Legge CXXX del 2010 e l'*Act on social participation in the preparation of legal regulations* – Legge CXXXI del 2010): cfr. V.L. Vétesy, *op. cit.*, 118 ss. e il *report* della Conferenza delle INGO del CdE, *Civil Participation in the decision-making process – Fact finding visit in Hungary*, cit., 5.

principi di trasparenza, di apertura, di pubblicità⁵⁴ e di collaborazione, alle fasi di esame e di valutazione di *drafts* legislativi presentati dal Governo⁵⁵ (art. 2, *Act* del 2010).

Lo strumento principale attraverso cui si esercita questo diritto è la consultazione pubblica che consiste in «ogni genere di commento prodotto da individui o organizzazioni non governative e non municipali su una bozza legislativa preparata dal ministro competente» (art. 1(1), *Act* del 2010). La consultazione può essere generale (art. 8) o diretta (art. 13): mentre la prima è obbligatoria, la seconda è facoltativa. Queste due tipologie di consultazione pubblica non esauriscono però le forme in cui essa può svolgersi: il Ministro responsabile può istituirne nuove, rimanendo il responsabile dell'intero procedimento della consultazione avviata (art. 7 (2), *Act* del 2010)⁵⁶.

Se questo è il dato legislativo vigente, in realtà il governo ungherese ha adottato, nel tempo, prassi e norme giuridiche tali da limitare significativamente il coinvolgimento del pubblico nel suo processo decisionale⁵⁷. Prassi e norme che si pongono, come vedremo qui di seguito, in antitesi con le condizioni minime fissate dalla Linee guida del 2017.

2747

a) Il contesto politico e di prassi

Tra le strategie politiche elaborate con un chiaro disegno dal Governo Orbán per svilire, se non addirittura annullare, la partecipazione della società civile nel processo decisionale ungherese se ne ricordano tre in particolare.

La prima è riconducibile al diverso atteggiamento istituzionale nella presentazione delle proposte di legge. Se prima del 2010 – periodo antecedente all'ascesa al potere dell'attuale partito di maggioranza, il neoconservatore Fidesz – la percentuale delle proposte di legge presentate esclusivamente dai Ministri si aggirava intorno al 75-80%⁵⁸, dopo il 2010 si rileva un *trend* opposto: buona parte delle leggi adottate sono per lo più di provenienza parlamentare che governativa. Va da sé che una simile tendenza, in ragione dell'art. 1(1) dell'*Act* del 2010⁵⁹, ha comportato una forte contrazione alla possibilità di avviare una consultazione

⁵⁴ Al riguardo, il *Freedom of Information Act* del 2011 non riproduce affatto un simile quadro di apertura, di accesso e di pubblicità, così rileva la Conferenza delle INGO del CdE, *Civil Participation in the decision-making process – Fact finding visit in Hungary*, cit., 5.

⁵⁵ Per rafforzare la partecipazione del pubblico al processo decisionale, l'*Act* del 2010 prevede che anche il *Legislative plan* e il *Legislative brief*, contenenti, in linea di massima, l'indirizzo politico del Governo da attuare nel breve periodo, siano pubblicizzati (artt. 3 e 4).

⁵⁶ Inoltre, ai sensi di quanto prescritto dal lungo e dettagliato art. 5(3) e (4) *Act* del 2010, la consultazione non è sempre possibile.

⁵⁷ Un'approfondita analisi al riguardo è fornita dal *report* di uno dei principali think tank indipendenti ungheresi: Corruption Research Center Budapest, *Impact Assessments Public Consultation and Legislation in Hungary 2011-2014*, Budapest, June, 2015, da cfr. con il *report* della Conferenza delle OING, *Civil Participation in the decision-making process – Fact finding visit in Hungary*, cit., 9.

⁵⁸ Corruption Research Center Budapest, *op. cit.*, 41.

⁵⁹ Secondo cui solo i *drafts* proposti dai Ministri sono soggetti a consultazione pubblica.

pubblica⁶⁰. La seconda si rileva nell'aver collocato la consultazione pubblica in una fase del procedimento legislativo tale da farla risultare pressoché ininfluente sulla decisione finale⁶¹. Infine – contrariamente a quanto prescritto dagli artt. 8(1) e (2) e 10 dell'*Act* del 2010, coerenti, peraltro, al Codice del 2009 e alle Linee guida del 2017 del CdE –, si lascia all'opinione pubblica un tempo inadeguato per rispondere alle sollecitazioni poste dall'autorità pubblica su una data proposta normativa⁶².

b) Il contesto giuridico

Da quando Viktor Orbán ha conquistato il potere, l'Ungheria ha adottato molteplici provvedimenti normativi che progressivamente hanno limitato in modo significativo l'esercizio di un'ampia gamma di libertà⁶³. Il poco spazio a nostra disposizione, ci permette, però, di citarne solo uno.

Il 13 giugno 2017 è entrata in vigore la legge sulla trasparenza delle organizzazioni che ricevono sostegno dall'estero (*Act on the Transparency of Organisations Supported from Abroad*: d'ora innanzi: *Act* del 2017) con lo scopo di introdurre requisiti relativi alla prevenzione del riciclaggio di denaro o del terrorismo⁶⁴. Al riguardo la Commissione di Venezia, in una sua *opinion* del 2013⁶⁵, aveva riconosciuto che vari motivi possono sussistere perché uno Stato limiti finanziamenti esteri a organizzazioni della società civile, tra cui proprio la prevenzione del riciclaggio di denaro o del finanziamento del terrorismo. Ciò nonostante, la stessa aveva rilevato che tali finalità non devono essere utilizzate come pretesto per tenere sotto controllo le ONG o limitarne la capacità di svolgere il proprio lavoro legittimo. Ora, in linea di massima, la disciplina ungherese sull'associazionismo è coerente con gli *standards* posti a livello internazionale⁶⁶. Tuttavia, nell'ultimo quinquennio, alcune organizzazioni non governative,

⁶⁰ Tecnica peraltro impiegata, come abbiamo già visto, anche per presentare disegni di legge esposti a una maggiore visibilità pubblica: siano di es. le modalità attraverso cui è stata adottata la nuova Costituzione ungherese, la legge sulla Corte costituzionale, ovvero quella sulla libertà delle confessioni religiose e i loro culti. Per maggiori approfondimenti v. FIDH, *Hungary: Democracy under Threat. Six Years of Attacks against the Rule of Law*, November 2016, n. 684 a.

⁶¹ Ciò è stato possibile per il tramite delle *guidelines* adottate nel 2012 dall'*Office for national Economic Planning*: Corruption Research Center Budapest, *op. cit.*, 24.

⁶² Questa tattica è stata impiegata, ad esempio, nel 2016 in fase di modifica dell'*Asylum Act* del 2007 in cui il Governo ha aperto sul suo Website una consultazione generale la cui data di chiusura coincideva esattamente con quella di apertura. Sul punto v. il *report* della Conferenza delle OING, *Civil Participation in the decision-making process – Fact finding visit in Hungary*, cit., 10.

⁶³ Per averne un'idea, utile è la risoluzione del Parlamento europeo del 12.9. 2018 su «una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, par. 1, del trattato sull'unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131(INL)) –P8_TA(2018)0340, Situazione in Ungheria».

⁶⁴ Questa legge, peraltro, sembra riprodurre abbastanza similmente alcune leggi adottate di recente sul medesimo tema dalla Russia: così Commissione di Venezia nella sua *opinion* CDL-AD(2017)015, 5 ss.

⁶⁵ CDL-AD(2013)023, *Interim opinion on the Draft on Civic Work Organisation of Egypt*, par. 40 e 43.

⁶⁶ Così viene riconosciuto dal *report* elaborato da v. FIDH, *op. cit.*, 37 ss.

segnatamente quelle in difesa dei diritti umani, sono state oggetto di una serie di limitazioni normative quanto all'accesso ai finanziamenti pubblici, al punto da vedersi costrette, per non alterare la loro capacità operativa, a ricorrere a finanziamenti esteri⁶⁷. Forse non a caso, il Governo ungherese, dopo una virulenta campagna contro questa tipologia di associazioni, ha adottato l'*Act de quo*. E forse, non è altrettanto un caso che numerose sono state le opinioni critiche espresse sulla legge sia dai *media* sia da organi di livello internazionale e sovranazionale⁶⁸.

Anzitutto, è stato rilevato che la legge è stata adottata secondo una oramai nota prassi, ovvero in totale assenza di una consultazione pubblica. Sebbene, infatti, l'atto rientrasse nel programma del Governo, la proposta del testo è stata avanzata da tre parlamentari appartenenti al gruppo Fidesz⁶⁹. Chiara la strategia: bypassare le disposizioni di cui all'*Act* del 2010 che impongono l'avvio di una consultazione generale quando il *draft* è di iniziativa governativa.

In secondo luogo, la vaghezza delle sue disposizioni ha fatto sorgere alcuni dubbi di conformità⁷⁰ alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, alla Convenzione internazionale sui diritti civili e politici e alla Carta EDU, relativamente a una serie di diritti-libertà, tra i quali quello di associazione, di espressione, di *privacy* e di protezione dei dati personali.

Quanto al parametro della libertà di associazione⁷¹, si ritiene che le sanzioni imposte dalla legge a un'associazione che riceve un finanziamento estero superiore alla soglia fissata dalla stessa non siano proporzionali all'obiettivo da raggiungere. Inoltre, sebbene – come, peraltro, affermato dalla Commissione di Venezia – il termine «organizzazioni che ricevono sostegno all'estero» sia neutro e descrittivo, non risultano chiari i motivi per cui l'*Act* del 2017, a parità di finanziamento estero ricevuto, tratta in modo differente le ONG⁷². Per quanto riguarda la libertà di

⁶⁷ Per una ricostruzione dettagliata si rinvia al rapporto ad opera di FIDH, *op. cit.*, 37 ss.

⁶⁸ Tra cui ricordiamo le opinioni espresse dalla Commissione di Venezia, dal Commissario per i diritti umani del CdE, dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite e dalla Commissione europea. Più specificamente la Commissione di Venezia, nelle sue *opinions* (cfr. CDL-PI(2017)002 e CDL-REF(2017)031), ha contestato non tanto l'obiettivo della legge, considerato legittimo in quanto volto a migliorare la trasparenza delle organizzazioni della società civile, quanto il contesto politico nel quale essa è stata adottata che, in quanto altamente problematico, solleva dubbi sugli stessi scopi. La Commissione rileva, inoltre, che la legge comporta interferenze non proporzionali rispetto alla libertà di associazione, di espressione, della *privacy* e del divieto di discriminazione. La Commissione europea, per parte sua, invece, ha avviato una procedura di infrazione il 14.7.2017 contro l'Ungheria in violazione del diritto di associazione e di una restrizione sproporzionata e ingiustificata alla libertà di movimento dei capitali: European Commission, *Press Release: Infringements – Hungary: Commission launches infringement procedure for law on foreign-founded NGOs*, 13 July 2017 e European Commission, *Press Release: European Commission steps up infringement against Hungary on NGO Law*, 4 October 2017.

⁶⁹ Al riguardo v. l'opinione CDL-AD(2017)015 della Commissione di Venezia, cit., 3 e 8-9.

⁷⁰ Tutti rilievi che si rinvergono nell'opinione CDL-AD(2017)015 cit.

⁷¹ Rispetto, in particolare, agli artt. 12 della Carta dei diritti fondamentali UE, 22 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici e 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁷² La legge, all'art. 1(4), esclude, infatti, dal novero di questo trattamento alcune organizzazioni tra cui: «a) associations and foundations which are not regarded as civil society organisations; b) associations under the scope of Act I of 2004 on Sports; c) associations pursuing religious activities; d) ethnic minority organisations and ethnic minority

espressione⁷³ delle associazioni, essa potrebbe essere compressa laddove si obbligano le ONG ad autoidentificarsi come «associazioni che ricevono finanziamenti esteri»: ciò potrebbe stigmatizzarle e quindi incidere negativamente sulla loro reputazione tra l'opinione pubblica. Infine, l'*Act* sembrerebbe violare il diritto alla protezione dei dati e alla *privacy*⁷⁴ nella parte in cui impone alle organizzazioni di dichiarare nel dettaglio lo *status* giuridico del donatore straniero⁷⁵, anche se trattasi di un privato cittadino, quando la donazione supera, in anno, una data cifra. In effetti, dall'elenco degli individui che provvedono a supportare finanziariamente le ONG è possibile individuare la loro affiliazione, il loro credo e la loro opinione. Sicché, una simile disposizione non solo non trova alcuna giustificazione rispetto al diritto alla *privacy*, ma nemmeno fondamento nel regolamento n. 679 adottato nel 2016 dalla UE.

Ora, il sistema dell'Ungheria nel suo complesso, al di là dunque del mero dato normativo, è chiaramente in contrasto con l'impostazione data dalle *guidelines* del CdE. In particolare, laddove deroga alle condizioni che lo stesso CdE ritiene imprescindibili per una partecipazione effettiva, ovvero la sussistenza di un contesto giuridico, politico e di prassi tale da garantire agli individui, alle ONG e alla società civile in genere l'esercizio effettivo delle libertà di associazione, di riunione, di stampa, di espressione e di informazione, conformemente a quanto sancito dalla Convenzione per la tutela dei diritti umani e le libertà fondamentali e dalla giurisprudenza della Corte EDU⁷⁶. E, in effetti, come rilevato in questa sede, alla luce delle opinioni critiche espresse dalla Commissione di Venezia e da altri organi di natura internazionale⁷⁷ e sovranazionale⁷⁸, buona parte di queste condizioni, negli ultimi anni, non è stata affatto rispettata dall'ordinamento ungherese.

organisations as per Act CLXXIX of 2011, as well as the foundations that are, based on their deed of foundations, engaged in activities directly related to the protection and representation of the interests of a given ethnic minority or to the cultural autonomy of the ethnic minority».

Sul divieto di non discriminazione relativamente alla libertà di associazione cfr. artt. 21 e 12 della Carta dei diritti fondamentali UE, 26 e 22 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, 14 e 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

⁷³ Rispetto agli artt. 11 della Carta dei diritti fondamentali UE, 19 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁷⁴ Rispetto agli artt. 8 della Carta dei diritti fondamentali UE, 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, 17 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici e 9 del regolamento UE n. 679 del 2016.

⁷⁵ La legge prevede che debba essere indicato precisamente il nome, il Paese e la città dello stesso.

⁷⁶ Cfr. parte III.iii del Codice per la partecipazione civile del 2009 e p.to 3 delle Linee guida del 2017.

⁷⁷ Al riguardo v. il *report* della Conferenza delle OING, *Civil participation in the decision-making process. Fact finding visit in Hungary*, cit., peraltro contestato dallo stesso governo ungherese nel *Remarks by Hungary to the Report of the Conference of INGOs of the Council of Europe*, 28 June 2017; FIDH, op. cit.

⁷⁸ Si rinvia alla risoluzione del Parlamento europeo, *Situazione in Ungheria*, cit., spec. Par. 40 ss.

Il caso ungherese è, dunque, paradigmatico non solo nel quadro dell'Unione europea⁷⁹ ma anche in quello del CdE, e perciò ancor più pericoloso perché potrebbe mettere in crisi i suoi valori e principi fondativi e, secondo l'effetto domino, anche i meccanismi di cui le "giovani" democrazie si sono dotate di recente per poter integrarsi nel suo ordinamento.

4. Alcune conclusioni

È indubbio che il cammino per l'attuazione della democrazia partecipativa è ancora irto di ostacoli da superare. Ma se si vuole migliorare la democrazia nelle sue tradizionali formule, ovvero rappresentativa, prima, e diretta, poi, è la strada da percorrere. Perlomeno questa è quella tracciata dal disegno ordinamentale del CdE anche nell'ottica della costruzione del diritto costituzionale transnazionale. Un diritto questo che si caratterizza per modalità tipicamente democratiche. La connotazione del diritto costituzionale transnazionale nel prisma della legittimazione democratica avviene, infatti, anche attraverso, come abbiamo visto, la partecipazione dei cittadini e degli interessati alle decisioni che si intendono assumere.

Dall'analisi svolta, l'ordinamento britannico, pur avendo una dimensione diversa dagli altri Stati europei in quanto appartenente anche al Commonwealth, rientra pienamente in questa ottica transnazionale elaborata dal CdE: da culla della democrazia rappresentativa, il Regno Unito si mostra essere, con la dovuta cautela, incubatore della democrazia partecipativa, in ragione delle molteplici soluzioni offerte e previste dal sistema, tutte perfettamente in linea con le *guidelines* adottate dal CdE. L'esperienza inglese si contraddistingue rispetto ad altre, non da ultima da quella ungherese, perché i suoi meccanismi partecipativi si raccordano non solo con il Governo, ma anche con il Parlamento, integrandosi, peraltro, nel procedimento legislativo formale di livello statale. Segue, correlativamente, un'ulteriore peculiarità inglese: ovvero i suoi canali partecipativi ben si inseriscono nella forma di governo propria del Paese, laddove il Parlamento è sovrano sì ma collaborativo nella sua azione di indirizzo politico con il Governo.

L'Ungheria mostra, invece, un *trend* opposto. Se, infatti, essa, formalmente risulta più aderente alle normative del CdE, nel tempo si osserva una degenerazione progressiva della sua forma di Stato: si potrebbe dire che dalla iniziale adesione alla *rule of law* si è ora giunti all'adesione di un *arbitrary rule*. E ciò principalmente, come abbiamo rilevato, in ragione del sostanziale mancato rispetto del dovere posto in capo al legislatore di coinvolgere il pubblico nel suo procedimento legislativo. Si constata, infatti, solo un'affermazione formale del profilo transnazionale che deriva dal CdE. Evidente è il divario tra le affermazioni dei valori liberali come principio di riferimento e il loro effettivo recepimento nonché attuazione, soprattutto dopo l'ascesa al potere di Orbán. L'Ungheria rappresenta, dunque, una deroga sostanziale all'affermazione del diritto costituzionale transnazionale così come concepito dal CdE.

⁷⁹ V. A. Di Gregorio, *L'Ungheria e i valori europei*, in *Rass. Parl.*, 2018 e ivi, in allegato, la risoluzione del Parlamento europeo, *Sulla situazione in Ungheria*, cit., da 403 ss. Cfr. anche G. Halmai, *How the EU can and should cope with illiberal Member States*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2018.

Alla luce di quanto detto, due sono le considerazioni con cui è possibile concludere. Che per aversi un'effettiva⁸⁰ integrazione tra la democrazia partecipativa e la democrazia rappresentativa, la prima non deve essere meramente formale. La sinergia tra le due formule democratiche presuppone, anche guardando all'esperienza inglese, un'ampia e approfondita riconcettualizzazione del ruolo delle parti in gioco. Purtuttavia, si rimane fermi nell'opinione che le modalità attraverso cui il pubblico è coinvolto nei processi decisionali di livello statale sono indicatori dello "stato di salute" di una democrazia. In una simile dimensione, dunque, ancora di più il Consiglio d'Europa, nella misura in cui va a configurare il diritto costituzionale transnazionale, deve perseguire tenacemente i suoi scopi perché, nell'attuale contesto epocale, una mancata realizzazione dei suoi obiettivi potrebbe prefigurare conseguenze negative sulla democrazia interna degli Stati.

⁸⁰ Al riguardo utile è ricordare che «l'effettività [...] non sale dai fatti al diritto, ma scende dal diritto ai fatti; non chiede ai fatti di esprimere un significato di diritto, ma al diritto di calarsi sui fatti»: così N. Irti, *Significato giuridico dell'effettività*, *Lectio magistralis* tenuta il 19.5.2009 nell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, ES, 2009, 9.

I codici di condotta per i parlamentari, tra diritto e politica

di Serena Sileoni

Abstract: Codes of Conduct for Members of the Parliament (MPs), between Law and Politics - MPs' integrity has always been a content of rules providing their status, but only in the last years Parliaments have begun to collect these rules in specific, separated acts that have the typical feature of self-regulation. What does it mean in terms of efficiency and justiciability? Has this trend only a political value or also a legal value? A comparative analysis on the ethical rules for MPs in OSCE's and in the Council of Europe's countries can help to understand the role of such a rules both from a political and from a legal per-spective.

Keywords: Self regulation; Ethical rules; Parliaments.

2753

1. La doppia premessa dei codici di condotta per i parlamentari

L'appannarsi della fiducia nelle istituzioni democratiche, espressione della più generale crisi di rappresentanza nelle odierne democrazie, è esaminata da moltissimi punti di vista, in molte scienze. L'etica pubblica è uno degli argomenti più solcati nel dibattito e nella prassi delle istituzioni degli ultimi anni, non soltanto italiani.

Lotta alla corruzione, conflitto di interessi, trasparenza sono parole ricorrenti non solo del linguaggio etico, ma anche di quello giuridico, al punto da essere al centro di un dialogo internazionale e comparato tra le istituzioni e di fenomeni di *legal transplant*¹. Alla base di questa attenzione sta la pressione a cui i funzionari pubblici, eletti e non, sono sottoposti negli ultimi decenni «per dimostrare e rafforzare i loro requisiti etici»².

¹ Senza pretesa di esaustività e con riferimento ad alcune autorevoli opinioni nel contesto italiano, v. U. De Siervo, *Alcune regole etiche per le classi dirigenti*, in L. Carlassare (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, 2001; F. Merloni, *L'etica delle dirigenza pubblica*, in G. D'Alessio (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008; F. Merloni, *Corruption and public administration: the Italian case in a comparative perspective*, London-New York, 2019; E. Carloni, *Fighting Corruption Through Administrative Measures. The Italian Anti-Corruption Policies*, in *Italian Journal of Public Law*, 2 (2017); B.G. Mattarella, *Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 1029 ss.; I. Nicotra, *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2017; M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017. Per uno sguardo comparato, v. S. Gilman, *Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service: Comparative Successes and Lessons*, Washington, DC, 2005.

² European Parliament, Office for promotion of Parliamentary Democracy, *Parliamentary Ethics. A question of trust*, Bruxelles, 2011.

Una parte di questo confronto è dedicata alla elaborazione di codici di condotta in ambito pubblico, politico e amministrativo, per disciplinare il comportamento di particolari soggetti (politici in competizione elettorale, rappresentanti eletti, dipendenti delle pubbliche amministrazioni, etc.), con riguardo a principi etici quali correttezza, imparzialità, onestà e trasparenza³. Essi consistono in un insieme di regole interne dal contenuto tipico, riguardanti la condotta esigibile da coloro che rivestono determinate cariche o ricoprono determinati uffici, oltre la distinzione tra condotta civilmente e penalmente illecita e lecita. Rappresentano, in sostanza, norme dal contenuto etico, più o meno dettagliato, affidate non a un regolatore esterno, ma al loro stesso destinatario, ed è proprio la presenza di regole specifiche di comportamento, e non solo di norme di principio, che possono, se proprio si vuole trovare un criterio di distinzione, differenziarle dai codici etici. Benché la distinzione non appaia così chiara e condivisa, a volerla accogliere si può quindi sostenere che «i codici etici sono affermazioni di principio generali che i parlamentari sono chiamati a rispettare, senza tuttavia regole specifiche o meccanismi sanzionatori. I codici di condotta, invece, sono adottati per imporre regole vincolanti e effettive per quella zona grigia tra ciò che è chiaramente lecito e accettabile e ciò che non lo è»⁴, con il fine duplice di guidare il comportamento dei pubblici agenti e di consentire un controllo sul comportamento di pubblici funzionari e politici sulla base di standard condivisi e chiari. In questa prospettiva, assomigliano ai codici deontologici, noti agli ordini professionali italiani ma non solo, che contengono norme di carattere disciplinare per gli iscritti ai relativi albi⁵. Anche nella prospettiva comparata,

³ Per l'Italia, v. R. Finocchi, *I codici di condotta*, in M. D'Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, 133 ss.; F. Mariniello, *Il rilievo giuridico dei codici di comportamento nel settore pubblico, con riferimento alle varie forme di responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 1 (2017), 218-227; R. Caridà, *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici e principi costituzionali*, in <http://www.federalismi.it>, 25 (2016), 28; E. Carloni, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2013, 2, 32; Id., *Ruolo e natura dei c.d. codici etici delle amministrazioni pubbliche*, in 1 *Diritto pubblico*, 2002, 319 ss.; B.G. Mattarella, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in 10 *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 927 ss., e più in generale Id., *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007, spec. 62-70 per i profili comparati, e 175-179 per i codici di talune amministrazioni in Italia specificativi del Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni; P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2010. Per una ricostruzione comparata, v. R. Stapenhurst, R. Pelizzo, *Legislative Ethics and Codes of Conduct*, World Bank, 2004, 6. Per un primo modello, v. Australian Parliamentary Library Research, *A Code of Conduct for Parliamentarians*, Research Paper 2, 1998-1999; mentre un'indagine sul contesto statunitense è in F. Clementi, *L'etica pubblica negli Stati Uniti. Un quadro d'insieme*, F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Roma, 2009. Infine, v. l'indagine comparata di Francia, Regno Unito, Stati Uniti d'America, Spagna e Portogallo condotta dal Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, nel *Rapporto al Presidente della Camera dei deputati*, 23 ottobre 1996.

⁴ European Parliament, *Parliamentary Ethics*, cit., 8.

⁵ Sui codici deontologici in Italia e, a livello di teoria generale, sulla loro ormai sfumata distinzione con altre forme di autoregolamentazione, si rinvia a G. Alpa, P. Zatti (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006. Sulla distinzione rispetto ai codici deontologici delle professioni liberali v. F. Cafaggi, *Crisi della statualità, pluralismo modelli di autoregolamentazione*, in 4 *Politica del diritto*, 2001, 543 ss. La deontologia professionale è ad

molte professioni hanno sistemi deontologici per guidare la condotta dei loro membri, spesso codificati «in codici di condotta, che [i professionisti/associati] debbono firmare o su cui debbono giurare per poter esercitare la professione, come nel caso più antico del giuramento di Ippocrate». Al pari dei membri delle altre professioni, i funzionari pubblici devono «portare avanti in maniera efficace una serie di doveri, e devono farlo in maniera etica, ossia in linea con i valori relativi a cosa rappresenta un comportamento corretto per un parlamentare»⁶.

Una categoria specifica di questi codici è rivolta a disciplinare la condotta dei membri delle assemblee parlamentari⁷. Nonostante l'uso comune e omogeneo dell'espressione codice di condotta, si tratta, a livello comparato, di atti di diversa natura tra loro, accomunati, in generale, dal fatto di essere espressione di autonomia e autodichia della 'comunità di appartenenza', quindi fonti dell'organizzazione interna dei parlamenti, di rango regolamentare o di minor rango, disciplinanti esclusivamente la condotta dei destinatari in occasione dello svolgimento di funzioni relative a quel particolare *status*.

I codici di condotta dei parlamentari rappresentano una novità interessante dal punto di vista del diritto parlamentare e costituzionale, sia per gli obiettivi che per loro tramite si cerca di raggiungere, sia per la natura di atti con cui sono adottati, sia infine per l'attitudine a farvi ricorso, riscontrabile come un trend costante anche a livello comparato.

Dall'Europa agli Stati Uniti al Sud Africa all'India, sembra infatti potersi constatare una tendenza omologativa, iniziata circa venti anni fa su impulso di riflessioni condotte a livello internazionale⁸ per migliorare l'affidabilità e la fiducia della classe politica al potere, minacciata dal rischio costante di corruzione e di percezione della corruzione. Si pensi, fuori dal nostro paese, allo scandalo inglese risalente al 1996 'Cash for questions', dove membri della Camera dei comuni accettarono denaro in cambio della presentazione di alcune interrogazioni in Parlamento. Da quell'inchiesta, nacque la Commissione sugli standard nella vita pubblica che, come vedremo, è stata una delle prime istituzioni a elaborare una serie di principi guida in materia, noti come *Nolan Principles*. Si pensi, ancora, allo scandalo europeo del 2011 'Cash for laws', che vide coinvolti alcuni membri del Parlamento europeo, colti in flagrante nell'accettare denaro in cambio della proposta di emendamenti, e a seguito del quale il Parlamento ha approvato un nuovo codice di condotta. Anche laddove, tuttavia, non vi siano scandali o indagini, si registra una tendenza esplicita a regolare la condotta di coloro che hanno un mandato parlamentare, o per costruire o per irrobustire (a seconda del grado di maturità democratica dell'ordinamento) la cultura democratica sia dei governanti che dei governati, dinanzi a una pubblica opinione molto più informata di ieri. Come ha notato anche il Parlamento europeo, «in una società dominata da canali

ogni modo comune alle democrazie cd. mature, pur nella varietà dei sistemi ordinistici: cfr. European Parliament, *Parliamentary Ethics*, cit., 12.

⁶ OSCE, *Background Study: Professional and Ethical Standards for Parliamentarians*, 2012, 13.

⁷ In alcuni casi, la disciplina della condotta dei parlamentari è identica a quella dei pubblici ufficiali o degli esponenti di governo. Così ad esempio in Georgia e in Ucraina.

⁸ P. Pisicchio, *Codici etici e parlamenti: profili comparatistici*, Padova, 2017.

di informazione h24 e da siti internet senza barriere, politici e funzionari pubblici non possono più ripararsi dagli sguardi indiscreti e dalle domande di chiarimento dei media e dell'opinione pubblica».⁹ Tale tendenza, percepita dalle stesse istituzioni parlamentari, da un lato, corrisponde alla crisi di fiducia dell'elettorato (e quindi alla più generale crisi di rappresentanza politica) e alla maggiore attenzione della pubblica opinione per i fenomeni di corruzione o, comunque, di *mala gestio*; d'altro lato, contribuisce a fornire una serie di regole di comportamento chiare che possano essere un punto di riferimento certo per chi ne è destinatario, anche rispetto a speculazioni mediatiche indebite, facendo dei codici di condotta uno strumento per salvaguardare la stessa reputazione sia dei singoli destinatari sia dell'istituzione a cui appartengono.

Il problema, e l'aumentata percezione del problema¹⁰, rappresentano la doppia premessa della diffusione dei codici di condotta per i parlamentari, e hanno indotto un dialogo internazionale che, a sua volta, ha incoraggiato i parlamenti ad approvare regole interne specificamente dedicate alla condotta dei loro componenti. Non che prima tali regole non esistessero: potevano essere previste, in maniera episodica, dai regolamenti parlamentari, o dalla prassi e ovviamente dalla legislazione (penale e civile, dal finanziamento dei partiti all'attività di *lobbying* ai reati di corruzione). Quello che sembra nuovo è la tendenza sempre più frequente da parte dei Parlamenti nazionali a codificare e integrare questi standard in un unico atto *ad hoc*, che potrebbe definirsi come «un documento formale che regola il comportamento dei parlamentari stabilendo cosa è considerato accettabile e cosa no. In altri termini, un documento il cui obiettivo è creare una cultura politica che ponga sufficiente attenzione sull'opportunità, la correttezza, la trasparenza e l'onestà di comportamento dei parlamentari, senza che disciplini da sé solo tale comportamento»¹¹.

L'elaborazione di codici di condotta per i parlamentari non è un fenomeno casuale, ma una costante delle democrazie contemporanee frutto di svariate iniziative intergovernative e internazionali, a partire dalla risoluzione del 1996 dell'Assemblea delle Nazioni Unite contro la corruzione, nella quale si delineò per la prima volta uno standard di condotta internazionale per i pubblici ufficiali¹². Contestualmente, a livello regionale, il Consiglio d'Europa approvava una risoluzione che incoraggiava gli Stati membri a dotarsi di strumenti di lotta alla corruzione, tra cui l'adozione di codici di condotta da parte degli stessi eletti¹³.

⁹ European Parliament, *Parliamentary Ethics*, cit., 6.

¹⁰ Secondo gli ultimi dati di Eurobarometro, solo una media 32% dei cittadini europei ha fiducia nei rispettivi parlamenti nazionali, con picchi inferiori al 10% (Commissione europea, 2016); un risultato coerente con quelli di Transparency International, che rivela anche che i membri del parlamento in Europa e nell'Asia centrale sono ritenuti più corrotti di esponenti di governo, imprenditori, giudici e autorità di pubblica sicurezza (*Transparency International Global Corruption Barometer*, 2016).

¹¹ R. Pelizzo, R. Staphenurst, *Legislative Ethics and Codes of Conduct*, WP 37237, Washington, DC, 2004.

¹² A7RES/51/59, 12 dicembre 1996.

¹³ Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution (97)24 *On the Twenty Guiding Principles for the Fight Against Corruption*, 6 novembre 1997, principio n. 15.

Sempre all'interno del Consiglio, nel 2000 l'Assemblea adottava una risoluzione specificatamente rivolta ai Parlamenti come protagonisti della lotta alla corruzione, invitandoli a essere da esempio di incorruttibilità per la società attraverso anche l'adozione di codici di condotta¹⁴. Nel 2005, la Convenzione ONU contro la corruzione ha stabilito importanti obblighi di autodisciplina ai pubblici ufficiali, ricomprendendo tra questi chi assume un mandato elettorale e costituendo un punto di riferimento per le iniziative nazionali di anticorruzione. All'art. 8, la Convenzione prevede che ogni Stato deve impegnarsi per adottare codici o standard di condotta per il corretto, dignitoso e adeguato comportamento nello svolgimento delle funzioni pubbliche¹⁵.

Una tappa più concreta e importante, nella prospettiva comparata, è stata la pubblicazione nel 2012, da parte dell'OSCE, del *Background Study: Professional and Ethical Standards for Parliamentarians*¹⁶, che ha incoraggiato l'adozione dei codici di condotta rispetto a regole eteronome o alle fonti di organizzazione interne ai Parlamenti, per consentire, da un lato, ai parlamentari la comprensione di standard chiari e univoci di comportamento e, dall'altro, per rafforzare la fiducia degli elettori insistendo sulla responsabilità degli eletti, dal momento che, «se le persone credono che le regole etiche siano eque e efficaci, possono più facilmente avere fiducia nel Parlamento»¹⁷.

Tre anni dopo, la Global Organisation of Parliamentarians against Corruption (GOPAC), un network internazionale di parlamentari per la lotta alla corruzione, pubblicava l'*Handbook on Parliamentary Ethics and Conduct: a Guide for Parliamentarians*, sempre con lo scopo di fornire linee guida sulla formulazione delle fonti normative per disciplinare la condotta degli eletti¹⁸.

Ancora, nel 2012, il Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO) del Consiglio d'Europa ha lanciato il Quarto ciclo di valutazioni periodiche sul rispetto da parte degli Stati membri degli standard del Consiglio d'Europa in materia di lotta alla corruzione¹⁹. Il GRECO è stato istituito nel 1999 e ne fanno parte non solo i membri del Consiglio d'Europa, ma anche altri paesi che hanno partecipato all'elaborazione dell'accordo istitutivo, tra cui gli Stati Uniti, e tutti quelli che aderiscono alla Convenzione internazionale penale e civile sulla corruzione. Il Quarto ciclo di valutazioni ha ad oggetto la «prevenzione della corruzione dei parlamentari, dei giudici e dei procuratori» con particolare riguardo ai principi etici e alle regole deontologiche, ai conflitti di interesse, all'interdizione e limitazione dello svolgimento di determinate attività potenzialmente in contrasto

¹⁴ Parliamentary Assembly, Resolution 1214(2000), 5 aprile 2000.

¹⁵ Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, entrata in vigore il 14 dicembre 2005.

¹⁶ Si tratta di un manuale operativo che fa seguito alla *Dichiarazione di Bruxelles* dell'Assemblea parlamentare dell'OSCE del 2006.

¹⁷ OSCE, *Background study*, cit., 10.

¹⁸ G. Power, *Handbook on Parliamentary Ethics and conduct*, Gopac-Westminster foundation for democracy, 2009.

¹⁹ Group of States against Corruption, *Fourth Evaluation Round*, 2012, ancora in corso nel momento di redazione di questo contributo.

con le funzioni parlamentari, alle forme di pubblicità delle dichiarazioni patrimoniali e dei redditi dei parlamentari. Proprio con riferimento agli strumenti con cui i Parlamenti prevengono fenomeni di corruzione e conflitti di interesse, il GRECO, fin dall'inizio di questo Quarto ciclo di valutazione, ha incoraggiato l'adozione di codici deontologici, i quali avrebbero la funzione non solo di disciplinare comportamenti potenzialmente esposti a rischio di corruzione, conflitti di interesse e indebite pressioni, ma anche di consentire il recupero della fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni rappresentative.

Quanto, dunque, la tendenza all'approvazione di codici di condotta per i Parlamenti sia dovuta a ragioni di emulazione tra Stati e dialogo tra sistemi giuridici o quanto, più genuinamente, sia motivata dalla effettiva e concreta necessità di simili strumenti di regolamentazione, è un quesito forse ozioso: le iniziative interparlamentari e internazionali hanno sicuramente incoraggiato gli Stati in tal senso, in particolare attraverso la creazione di una base comune di fattispecie suggerite, ma al tempo stesso l'esigenza di fornire regole chiare e circostanziate per la condotta ha fatto seguito a un effettivo e sostanziale incremento dell'attenzione della pubblica opinione.

Questo percorso comune suscita, dal punto di vista costituzionale, una doppia domanda.

In primo luogo, dal punto di vista democratico, a cosa risponde il ricorso a queste forme di autoregolamentazione? Posto che le misure di autodisciplina per la condotta dei parlamentari sono una risposta alla richiesta della pubblica opinione di un più rigido rispetto dei più alti standard di integrità, il loro è un obiettivo di maggior garanzia sul corretto e onesto comportamento dei parlamentari o un meta-obiettivo di maggior fiducia da parte dell'opinione pubblica di correttezza e onestà dei parlamentari oppure gli obiettivi sono altri o ulteriori?

In secondo luogo, dal punto di vista delle fonti del diritto, quale collocazione hanno i codici di condotta nel sistema delle fonti e quale efficacia dispiegano realmente dopo la loro entrata in vigore?

Una breve disamina comparata può fornire primi spunti di risposta a entrambe le domande.

Paese	Nome	Tipo	Efficacia	
Belgio	Codice deontologico (camera e senato)	Regolamento interno	Nessun procedimento sanzionatorio	
Bosnia e Herzegovina	Codice di condotta (per entrambe le camere)	Risoluzione	autoregolamentazione - controllo affidato alla commissione bicamerale per i diritti umani	
Bulgaria	Regole etiche di condotta (Assemblea nazionale)	regolamento interno	autoregolamentazione - controllo affidato alla commissione sull'anticorruzione, i conflitti di interesse e l'etica parlamentare	
Canada	Codice sul conflitto di interessi (entrambe le camere)	regolamento interno	autoregolamentazione	2759 2004
Estonia	Buone pratiche per il Parlamento	Risoluzione	autoregolamentazione (comissione sull'anticorruzione)	
Finlandia	Istruzioni del consiglio del portavoce sulle regole di procedura	regolamento interno	Autoregolamentazione (ufficio parlamentare)	
Francia	Codice di deontologia (per entrambe le camere)	Regolamento interno	Coregolamentazione (commissario dell'Assemblea nazionale per gli standard etici e ufficio dell'assemblea nazionale)	

Georgia	Codice etico	Dichiarazione	Nessuno
Germania	Codice di condotta (Bundestag)	Reglamento interno	Autoregolamentazione (presidente e amministrazione del Bundestag)
Islanda	Codice di condotta (Althingi)	Risoluzione	Autoregolamentazione (Presidente della commissione e commissione consultiva ad hoc)
Irlanda	Codice di condotta (entrambe le camere)	Mozione	Autoregolamentazione (commissione sugli interessi dei membri)
Italia	Codice di condotta (Camera)	Dichiarazione	Autoregolamentazione (commissione consultiva sulla condotta dei membri)
Lettonia	Codice etico (Saeima)	regolamento interno	Autoregolamentazione (commissione per il mandato e l'etica)
Lituania	Codice di condotta	Legge	autoregolamentazione
Lussemburgo	Codice di condotta	regolamento interno	Autoregolamentazione (commissione consultiva sulla condotta dei membri)
Malta	Codice etico	Reglamento interno	Autoregolamentazione (presidente del parlamento)

Montenegro	Codice etico	risoluzione	autoregolamentazione (commissione per la prevenzione dei conflitti di interesse)	
Olanda	Integrity Section (Senato) e Regolamento sull'integrità dei membri del parlamento (Camera)	regolamento interno	nessuno	
Norvegia	Linee guida etiche	Dichiarazione	Nessuno	
Polonia	Regole etiche	Risoluzione	autoregolamentazione	
Slovenia	Codice di condotta (consiglio nazionale)	Risoluzione	2761 Nessuno	
Svezia	Codice di condotta (Riksdag)	Dichiarazione	Autoregolamentazione	
UK	Codice di condotta (entrambe le camere)	Risoluzione	Coregolamentazione (commissione sugli standard nella vita pubblica e commissario sugli standard)	1995
USA	Codice di condotta (camera e senato)	Regolamento interno	Regolazione esterna (Ufficio dell'etica del congresso)	

Parlamento europeo	Codice di condotta	Reglamento interno	Autoregolamentazione (commissione consultiva sulla condotta dei membri)

2. I Codici di condotta per i parlamentari negli Stati membri del Consiglio d'Europa e dell'OSCE

Le raccomandazioni in ambito OSCE e di Consiglio d'Europa consentono di comparare agevolmente le iniziative degli Stati aderenti alle due organizzazioni.

Prendendo quindi come punto di riferimento tali Stati, nella tabella che segue sono segnalate le diverse forme di regolazione della condotta dei parlamentari per quei Parlamenti che, al 2018, le hanno approvate²⁰.

In sintesi, a livello OSCE, il 46% degli Stati ha approvato una forma di autoregolamentazione della condotta, e la percentuale sale al 51% a livello del Consiglio d'Europa.

Si tratta di atti approvati dal plenum dell'Assemblea o in alternativa da organi interni all'Assemblea competenti in materia di organizzazione e funzionamento dell'aula. Si distinguono, tuttavia, dalle fonti di organizzazione poiché non riguardano lo svolgimento dei lavori, ma solo la condotta dei destinatari nello svolgimento del loro mandato.

Dal punto di vista delle fonti, si tratta dunque di atti tipici ma non necessariamente dotati di forza vincolante. Anche laddove, infatti, l'atto sia regolamentare, non è detto che esista un meccanismo di *enforcement*. L'applicazione dei codici di condotta può essere affidata o a verifiche di organi interni (come in Germania, Grecia e Regno Unito) o a organismi autonomi (come l'Ombudsman per i paesi scandinavi) o non essere prevista. Il tipo di sanzione, inoltre, è estremamente variabile. In Irlanda, i parlamentari possono essere sospesi, multati o censurati; in Polonia, possono essere censurati o ammoniti; in Francia, possono essere esclusi da future candidature per un anno; in Germania, il presidente del Bundestag rende pubblica la notizia dell'accertamento della violazione, similmente a quanto avviene in Italia (dove però la decisione spetta a un apposito organismo interno); nel Parlamento europeo, si va dalla censura alla multa fino alla possibilità di privare il parlamentare di una o più cariche.

Dal punto di vista più ampiamente democratico, si può invece constatare che l'adozione di queste regole è tipica delle democrazie occidentali, e che negli ultimi anni si è diffusa in particolare tra gli Stati europei, tenendo conto sia delle maggiori pretese da parte della pubblica opinione sia della necessità di maggiore chiarezza sulle condotte lecite da parte dei rappresentanti.

²⁰ Rielaborazione tratta da European Parliament, *Parliamentary Ethics*, cit.

I contenuti, e dunque gli obiettivi, di tali codici possono essere separati in due categorie. Da un lato, vi sono le tematiche e gli scopi più pragmatici e concreti, come la disciplina del conflitto di interesse, al fine di palesare gli interessi finanziari ed economici dei parlamentari attraverso le varie tecniche di registrazione degli stessi. Naturalmente, sotto questo profilo, i codici convivono con altre fonti, come la legislazione penale sulla corruzione o la legislazione sulle immunità parlamentari. Anzi, normalmente la condotta dei parlamentari è già regolata dalla legislazione ordinaria e dai regolamenti interni, oltre che dalla Costituzione, tanto che si potrebbe sostenere che non vi sia bisogno di ulteriori fonti ridondanti. Dall'altro lato, vi sono le norme di principio di carattere generale, vale a dire la traduzione in norme scritte di principi generali come l'onestà, la probità, la correttezza, desumibili espressamente o implicitamente dalle Costituzioni, rispetto ai quali si potrebbe dubitare che abbiano una qualche efficacia cogente e non rappresentino solo petizioni di principio.

Sull'una e l'altra criticità torneremo in seguito. Per il momento, sia sufficiente dirsi che sembra di trovarsi dinanzi ad una specie peculiare di fonte normativa, assimilabile nella maggior parte dei casi, sotto il profilo procedurale, ad atti tipici, di natura al massimo regolamentare e, sotto il profilo contenutistico e sanzionatorio, a forme di autoregolamentazione deontologica. Occorre a tal proposito notare come all'incorporazione delle regole di condotta in una fonte normativa (ad esempio, un regolamento interno) non necessariamente consegue un meccanismo di *enforcement*, che è il vero terreno di prova dell'efficacia degli strumenti di autoregolamentazione.

2763

3. La disciplina della condotta dei parlamentari in Italia

Nel contesto italiano, la condotta dei parlamentari è una delle espressioni del loro *status*, e più precisamente quella che si ricollega all'art. 54 Cost., secondo comma, secondo cui «i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore».

Cosa ciò voglia dire, in concreto, non sono i regolamenti parlamentari a spiegarlo. Infatti, come detto, essi non codificano la condotta dei membri delle Camere, se non in maniera limitata. È il caso, ad esempio, della rendicontazione delle spese dei gruppi alla Camera, introdotta nel 2012 all'art. 15-ter del regolamento interno. Ciò non toglie, tuttavia, che tale condotta non sia regolata, trovando anzi dissiplina altrove, in particolare nella legislazione ordinaria relativa allo status dei parlamentari.

Anzi, a partire dalla legge anticorruzione n. 190/2012 e relativi decreti legislativi, i quali hanno disciplinato le ipotesi di incandidabilità e incompatibilità, nonché rafforzato gli obblighi di trasparenza delle informazioni dei parlamentari per quanto concerne la situazione reddituale e patrimoniale, già previsti dalla legge n. 441/1982, l'obiettivo costante degli ultimi anni sembra essere quello di meglio garantire la credibilità e la correttezza degli eletti. Nello stesso anno, la legge n. 96 ha rafforzato i limiti e i vincoli delle spese elettorali e i controlli sui bilanci dei

partiti, già disciplinati con legge n. 515/1993, riducendo i rimborsi per le spese elettorali, poi abrogati con decreto legge n. 149/2013, obbligando i partiti a sottoporre i bilanci a revisione, a pubblicare questi e i contributi dei privati superiori a 5000 euro che abbiano prestato il proprio consenso alla pubblicazione. La legislatura scorsa si è invece chiusa con una riforma pendente delle situazioni di conflitto di interessi.

Ad ogni modo, negli ultimi due anni, anche il Parlamento italiano si è messo sulla scia delle predette iniziative internazionali per lo sviluppo di forme di autoregolamentazione della condotta dei propri membri²¹.

Nella passata legislatura, sia alla Camera che al Senato è stata proposta l'adozione di un codice di condotta²².

Al Senato, tra le modifiche al regolamento avvenute lo scorso anno vi è anche l'introduzione di un comma 2 bis all'art. 12, il quale prevede che il Consiglio di presidenza adotti «il Codice di condotta dei Senatori, che stabilisce principi e norme di condotta ai quali i Senatori devono attenersi nell'esercizio del mandato parlamentare». Il codice ancora non c'è, ma la previsione nella fonte regolamentare potrà, volendolo, consentire una maggiore capacità prescrittiva del codice, rispetto a quello - già approvato - della Camera.

La Camera è invece giunta all'approvazione finale del codice nella seduta della giunta per il regolamento del 12 aprile 2016. Si tratta di un atto interno dell'organo costituzionale, espressione di quell'autonomia tipica degli organi costituzionali da cui discende anche l'autonomia regolamentare, cristallizzata, nel caso del Parlamento italiano, dall'art. 64 Cost. Tuttavia, esso non ha natura regolamentare. La giunta della Camera ha infatti scartato, nel corso della discussione, l'ipotesi di una modifica del regolamento, per approvare invece un atto di natura «sperimentale» che non si inserisce nella fonte regolamentare, ma costituisce una delibera a parte, frutto appunto di una consapevole scelta metodologica di non voler modificare, nell'immediato, il regolamento²³.

L'adozione di un atto di giunta a titolo sperimentale non costituisce una assoluta novità: un precedente era stato infatti il Protocollo sperimentale per l'istituzione e la prima applicazione dell'ufficio parlamentare di bilancio.

Tale scelta non consente di ricondurre il codice di condotta a un atto in grado di innovare il diritto nazionale vigente. A ben vedere, e adottando la concezione 'formale' di fonte del diritto, la scelta di rivestire l'atto della forma di una delibera di giunta, piuttosto che di una riforma del regolamento della Camera o anche solo

²¹ Si esclude dalla categoria il codice di autoregolamentazione per la formazione delle liste per le elezioni europee, politiche e amministrative, approvato dalla commissione bicamerale di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali il 23 settembre 2014, finalizzato a evitare la candidatura di soggetti coinvolti in gravi reati. Si tratta infatti di un codice meramente volontario, quanto a adesione, e privo di sanzioni, che vieta la presentazione di candidati coinvolti in una serie di reati.

²² P. Gambale, *Le proposte di modifica dei regolamenti di Camera e Senato: verso l'adozione di un codice etico per i parlamentari?*, in 2 *Osservatorio sulle fonti*, 2015.

²³ Giunta per il regolamento, resoconto della seduta del 12 aprile 2016. Nelle riunioni del 21 novembre e del 19 dicembre 2019, il Comitato consultivo sulla condotta dei deputati, organo, come si vedrà, istituito dal codice medesimo, ha avanzato la proposta, a cui non si è (ancora) dato seguito di modificare il regolamento della Camera al fine di inserirvi le norme del codice.

di un atto integrativo del regolamento, da questo richiamato, fa sì che non si rinvenga norma superiore che preveda o disciplini l'adozione di un codice di condotta per la Camera. Da questo punto di vista, il codice di condotta per i deputati ha più natura convenzionale, come pure emerge espressamente dai resoconti di Giunta, trattandosi della estrinsecazione di regole volontarie e spontanee.

Volendo adottare una prospettiva che non guardi alla valutazione dell'atto operante dall'ordinamento statale, ma al contenuto normativo, e quindi all'idoneità dell'atto di innovare le regole che disciplinano un determinato ambito, occorre porre attenzione al secondo aspetto, ossia al codice di condotta come contenuto.

Da questo punto di vista, esso è in gran parte ricognitivo di norme esistenti, a livello legislativo e regolamentare, ad eccezione dell'articolo che vieta l'accettazione di doni o benefici analoghi di importo uguale o superiore a 250 euro, e alla pubblicazione su internet delle dichiarazioni relative alle funzioni e alle attività imprenditoriali o professionali svolte, a prescindere da qualunque profilo di interesse per la giunta delle elezioni²⁴. Innovativi sono anche l'art. 6, che prevede l'istituzione da parte dell'ufficio di presidenza di un comitato consultivo sulla condotta che ha il solo compito di fornire «orientamenti sull'interpretazione e l'attuazione» del codice di condotta e di istruire l'esame dei casi di violazione, e l'ultimo articolo sulle sanzioni, che prevede l'«annuncio» all'Assemblea e la pubblicità sul sito internet della Camera della mancata osservanza del codice. In definitiva, salta all'attenzione l'assenza di un meccanismo sanzionatorio, che deriva non tanto dalla mancanza di volontà di sottoporre la condotta a sanzione 'disciplinare', quanto dall'impossibilità di farlo, atteso che, per potersi prevedere sanzioni a carico dei deputati, si sarebbe dovuto modificare il regolamento e non approvare un atto di natura, al massimo, convenzionale.

D'altro canto, anche a voler esaminare l'attuazione del codice in questi quasi tre anni di vigenza, i risultati appaiono piuttosto modesti.

A tre anni ormai dall'adozione del codice, si ha traccia di una sola applicazione del regime sanzionatorio, con la pubblicazione del nome di alcuni deputati che avevano omesso di trasmettere le dichiarazioni relative agli incarichi professionali e alle attività di lavoro autonomo svolte. Nel primo anno, il comitato si è riunito tre volte, nel terzo due (mentre non si hanno dati sul secondo anno, mancando sia la notizia delle convocazioni sia un rapporto sull'attività svolta). Dalle sue attività consultive e di controllo, leggendo le convocazioni del terzo anno e il rapporto annuale del primo anno, si può constatare che esso non ha ancora affrontato le questioni della disciplina attuativa e della verifica in materia di doni,

²⁴ Difatti, ai sensi del regolamento della giunta delle elezioni, i deputati dovevano già dichiarare le cariche e gli uffici di ogni genere ricoperti alla data di presentazione della candidatura e quelli ricoperti in enti pubblici o privati, nonché le funzioni e le attività imprenditoriali e professionali che potessero incidere sulla ineleggibilità o incompatibilità. Il codice a queste dichiarazioni aggiunge quelle delle ulteriori e residuali attività di lavoro autonomo o impiego, a prescindere dai profili di ineleggibilità e incompatibilità.

che rappresentano una delle principali novità del codice rispetto alle regole previgenti.

Si può pertanto concludere che il codice, dal punto di vista formale, corrisponde a un atto di volontaria autoregolamentazione della Camera, assunto dall'organo interno competente per legge a disciplinare l'organizzazione dell'istituzione e il comportamento dei suoi componenti, che integra le fonti di diritto positivo che disciplinano il comportamento dei deputati. Dal punto di vista sostanziale, si può ipotizzare che esso sia stato introdotto più con l'obiettivo di salvaguardare la credibilità e mantenere la fiducia nell'operato dei rappresentanti politici che non con quello di disciplinarla in maniera innovativa. Una collocazione originale nella prospettiva del diritto (ma non in quella della deontologia) e coerente con quanto avviene anche fuori dall'Italia.

4. La disciplina della condotta dei parlamentari all'estero

A livello comparato, prendendo come riferimento l'OSCE e il Consiglio d'Europa, abbiamo già constatato che circa la metà dei parlamenti ha seguito la raccomandazione di approvare regole di condotta interne, e ciò a prescindere dall'esistenza di una regolazione eteronoma della condotta dei deputati. Anzi, nella maggior parte di questi paesi la condotta dei parlamentari è già regolata dalla Costituzione e dalle leggi, civili e penali. Come nel caso dell'Italia, si potrebbe quindi sostenere «che non ci sia bisogno di un codice separato per la condotta o l'etica dei membri dei Parlamenti», e forse per questo alcuni «Parlamenti non hanno sviluppato codici di condotta o etici, preferendo fare riferimento agli standard già presenti nella legislazione vigente, incluse le fonti regolamentari di organizzazione parlamentare.»²⁵

Analizziamo ora alcune esperienze più da vicino.

Il codice di condotta del Parlamento europeo, che ha dato spunto, per contenuto, a quello della Camera dei deputati in Italia, è stato approvato come modifica al suo regolamento ed entrato in vigore il primo gennaio 2012. Il Parlamento europeo si è dotato fin dal 1996 di regole di condotta che servissero anche a disciplinare il rapporto con i lobbisti, rinvenibili nell'art. 9 del regolamento interno in combinato con gli allegati I e IX. Tale articolo prevedeva che il Parlamento stabilisse norme di trasparenza relative agli interessi finanziari dei propri membri, allegate al regolamento. Non a caso, la giunta della Camera dei deputati italiana ha avviato la propria riflessione tenendo insieme sia la regolamentazione del *lobbying* alla Camera che il codice di condotta per i deputati, salvo poi approvare due atti separati. Una tappa successiva verso un codice vero e proprio è stata raggiunta dal Parlamento europeo nel 2011, quando ha modificato l'art. 11 del regolamento prevedendo che le norme di trasparenza siano fissate da un codice di condotta approvato a maggioranza dei membri e allegato al regolamento, e contestualmente ha approvato il testo attualmente vigente, entrato in vigore il primo gennaio 2012. Trattandosi di una modifica al regolamento e

²⁵ OSCE, *Background Study*, cit., 6.

guadagnando quindi la stessa forza normativa, diversamente dal codice italiano quello del Parlamento europeo può contare sul medesimo apparato sanzionatorio previsto per la violazione delle norme, appunto, del regolamento. Difatti, a Bruxelles la violazione degli obblighi previsti dal codice, una volta accertata dal presidente del Parlamento e previo parere del comitato consultivo sulla condotta dei deputati, comporta una responsabilità che può dirsi non solo disciplinare, ma anche politica: si passa infatti dal richiamo verbale alla sospensione dalle attività parlamentari per massimo dieci giorni, fino alla perdita del ruolo di relatore o di altre cariche elettive interne. Si tratta di sanzioni previste per la violazione del regolamento e rese possibili, dal punto di vista delle fonti, dal richiamo fatto dal regolamento stesso alla possibilità di applicare tali sanzioni in caso di violazione del codice.

Passando invece agli ordinamenti nazionali, uno dei primi che si è dotato di norme interne di condotta per le assemblee legislative è stato il Regno Unito.

L'origine dei codici di condotta della Camera dei Comuni prima e della Camera dei Lord poi possono ritrovarsi nelle proposte del primo rapporto della *Committee on Standards in Public Life* (nota come Commissione Nolan, dal nome del suo presidente) del 1995. Il codice si applica a tutti i deputati, compresi quelli che ricoprono cariche ministeriali, benché in questo caso vi sia anche un apposito codice ministeriale, che viene preferito come parametro di riferimento nel caso di cattiva condotta del ministro. Con riguardo ai procedimenti di controllo, la VII sezione affida alla Camera dei comuni, alla *Committee on Standards and Privileges* e al *Parliamentary Commissioner for Standards* il compito di vigilare sull'applicazione del codice. In particolare, il *Commissioner*, nominato e revocabile con risoluzione della Camera dei comuni, ha il dovere di esprimere pareri sull'interpretazione del codice e di notificare alla commissione l'accertamento di una sua violazione. La commissione, composta in maniera proporzionale rispetto ai gruppi parlamentari, non ha un vero e proprio potere sanzionatorio, ma può solo pubblicare rapporti, prendere in considerazione i reclami del commissario riguardanti violazioni del codice da parte dei deputati, nonché trasmettere alla Camera le raccomandazioni per le modifiche che ritenga necessarie e imporre la produzione di documenti o la presentazione del parlamentare dinanzi ad essa. La possibilità di irrogare sanzioni resta pertanto affidata alla Camera, sebbene su raccomandazione della commissione stessa. L'adozione di un codice di condotta per la Camera dei Lord è invece più recente. Benché siano coeve le proposte e le istituzioni dei procedimenti di controllo e registrazione degli interessi, risalenti in entrambi i casi alla metà degli anni '70, solo il rapporto della *Committee on Standards in Public Life* del 2000 raccomanda l'adozione di un breve codice di condotta per i membri della Camera dei Lord. Un primo codice, adottato il 2 luglio 2001, è entrato in vigore soltanto il 31 marzo 2002. Il codice attualmente in vigore è stato approvato il 30 novembre 2009 e modificato nel 2010 e nel 2014. Quanto ad efficacia, competente è la sottocommissione per gli interessi dei lord, con possibilità di riesame del caso da parte della *Committee for privileges*. Anche qui, le conclusioni vengono rimesse alla libera valutazione della Camera.

Nella Federazione canadese, la Camera dei comuni ha approvato nell'aprile 2004 un codice per la disciplina dei conflitti di interesse, che appare in appendice ai suoi regolamenti. Poteri istruttori e funzioni di tenuta del registro degli interessi sono affidati ad un apposito commissario, istituito con un emendamento del marzo 2004 al *Parliament of Canadian Act*. Una simile struttura è prevista anche in Senato, dove vige il *Conflict of Interest Code* del 2005.

Negli Stati Uniti le regole di condotta sono inserite nelle *rules* del Senato e vanno dalla XXXIV alla XLIII. Sulla base di queste e delle leggi collegate, la *Senate Select Committee on Ethics* ha elaborato il documento *Overview the Senate Code of Conduct and Related Laws* e il corposo *Senate Ethics Manual*. Alla Camera dei rappresentanti, invece, la *House Committee on Ethics* è competente a verificare il rispetto delle regole e delle norme che disciplinano la condotta dei deputati nello svolgimento delle loro funzioni, prendendo come parametro di giudizio il codice di condotta costituente la XXIII *rule* delle *House of Representative Rules*. Le regole, dunque, hanno anche in questo caso la veste di fonti regolamentari.

Oltralpe, è la stessa fonte legislativa a disporre che le presidenze delle assemblee legislative, sentito l'organo incaricato della deontologia parlamentare, determinano le regole in materia di prevenzione e trattamento dei conflitti di interesse (Legge n. 2013-907 del 11 ottobre 2013). Se per il Senato esse sono state previste nella *Instruction générale du Bureau*, vale a dire nel regolamento dell'Ufficio di presidenza, e attuate da un «manuale» di istruzione sulla deontologia dei senatori su cui vigila un apposito comitato di deontologia parlamentare, l'Assemblea nazionale ha modificato nel 2014 il capitolo XIII del regolamento interno, rinominato appositamente «Disciplina, immunità e deontologia». Le sanzioni sono costituite da forme di pubblicazione delle violazioni accertate, dal richiamo e dalla censura, con possibilità di esclusione temporanea anche dell'indennità parlamentare.

Anche in Germania il codice di condotta è un allegato al regolamento del solo Bundestag, di cui forma parte integrante in virtù del rinvio dell'art. 18 dello stesso. Il presidente del Bundestag ha poteri sanzionatori, una volta accertata la violazione degli obblighi attraverso un procedimento in cui è garantita anche la partecipazione dei gruppi politici. La sanzione propria è il richiamo, salvo altre pene, compresa la decurtazione dell'indennità, laddove previste dalla legge.

5. Il ruolo dei codici di condotta per i parlamentari come elemento di raccordo tra Parlamento e società civile

Dal punto di vista normativo, i codici in esame a poco servirebbero se non fossero dotati di meccanismi di controllo e sanzione. E così, spesso, rischia di essere.

Peraltro, anche laddove presente, non è detto che la previsione di procedure sanzionatorie sia sufficiente a rendere i codici di condotta efficaci. Anche se questa è la parte più delicata di ogni forma di autoregolamentazione, poiché è soprattutto la corretta allocazione delle competenze sanzionatorie che determina la differenza tra un codice etico che si risolva in dichiarazioni di principio ed un codice di

condotta che abbia un reale valore prescrittivo, tuttavia resterebbe comunque il pericolo di una politicizzazione dei procedimenti sanzionatori, sia che vengano affidati ad un apposito organo interno, sia che restino di competenza dell'Assemblea, con il conseguente maggiore pericolo di un nulla di fatto di tali procedimenti, data la difficoltà di divenire giudici dei propri colleghi. Lo scandalo delle spese del Parlamento del Regno Unito nel 2009 ha portato non a caso all'adozione di una legge specifica, nonostante fosse già presente un codice di condotta, che ha istituito un'autorità indipendente incaricata di indagare sulle violazioni del codice di condotta già esistente, a riprova del fatto che la verifica interna della violazione di una norma è, dal punto di vista strettamente sanzionatorio, debole.

D'altro canto, meccanismi sanzionatori di tipo reputazionale si rivelano efficaci purché riguardino settori e ambiti aperti, cosicché l'osservatore esterno, dinanzi al quale si snoda la sanzione reputazionale, possa attivare comportamenti conseguenti la sanzione applicata e possa «esercitare l'opzione exit, interrompendo gli scambi e punendo così la parte inadempiente»²⁶. Il parlamentare che viene ripreso o censurato per violazione di un codice di condotta è esposto, sì, al giudizio dell'elettore, che potrebbe «esercitare l'opzione exit» nel non rinnovargli la fiducia al momento del voto, ma è evidente che una tale consequenzialità è più teorica che effettiva. Essa dipende, infatti, dal sistema elettorale, dal modo di formazione delle liste, ma anche da una perfetta informazione, dalla gravità e dall'eco dell'eventuale condotta, nonché dall'intervallo di tempo che trascorre tra la condotta censurata e il voto. Variabili, queste, tutt'altro che di poco conto nel calare la prospettiva ideale in quella reale.

Un po' come nel caso dei codici deontologici delle libere professioni. Anche in questo caso, come già detto, si tratta di fonti di autoregolamentazione espressione di autodichia della 'comunità di appartenenza' e quindi in grado di generare una risposta interna e tipica di tale 'comunità'. Ma che tipo di risposta è, alla luce delle criticità qui sommariamente esposte? Quale può essere la loro peculiare funzione, al di là della dichiarata motivazione di imporre uno standard minimo di condotta, dal momento che la maggior parte delle condotte è già codificata e che i meccanismi di verifica e sanzione sembrano piuttosto deboli?

Si potrebbe sostenere che il codice di condotta abbia una funzione integrativa ed esplicativa delle fattispecie più generali, anche a beneficio di chiarezza degli stessi destinatari. Indubbiamente, «un insieme preciso di regole etiche [...] consente di definire un chiaro contesto di azione all'interno del quale i parlamentari possono portare avanti i loro impegni, rafforzandone la credibilità politica e quindi le opportunità di rielezione»²⁷. Si può anche sostenere che, per quanto in maniera integrativa e talora ripetitiva di fattispecie già disciplinate, i codici rappresentano un ulteriore, compatto strumento di controllo pubblico. Ma

²⁶ B. Bortolotti, D. Siniscalco, *Le forme private di regolazione*, in G. De Caprariis, G. Vespertini (a cura di), *L'Italia da semplificare*, II: *Le regole e le procedure*, Bologna, 1998.

²⁷ European Centre for Parliamentary Research and Development, *Parliamentary Codes of Conduct in Europe: An Overview*, 2001, 8.

né il primo, né il secondo obiettivo giustificano la debole considerazione ivi riservata a efficaci ed effettivi meccanismi sanzionatori.

Allora, con una punta di cinismo, si potrebbe ritenere che tali codici di condotta costituiscano retaggio dei privilegi parlamentari, utili a proteggere l'indipendenza dagli altri poteri, in special modo da quello giudiziario, nonché dall'opinione pubblica e dai processi mediatici ormai consueti nelle nostre democrazie. La costruzione di un meccanismo di verifica e sanzione interno alla 'comunità' erigerebbe una cinta di protezione per i membri della 'categoria', specie laddove i profili sanzionatori siano inconsistenti. Tuttavia, non bisogna sottovalutare il fatto che ogni nuovo meccanismo di controllo, per quanto imperfetto, rappresenta comunque un modo di esporsi ad un nuovo giudizio, che sia quello generico dell'opinione pubblica o quello specifico di un organo di garanzia. Per proteggere lo status di membro delle assemblee rappresentative sarebbe dunque stato meglio non far nulla, anziché auto-regolare in maniera volontaristica (cioè senza obbligo costituzionale o di legge) la condotta dei parlamentari per ciò che non è già disciplinato dal diritto civile e penale.

Sorge quindi il dubbio che l'ambito di operatività di queste forme di autoregolazione dell'etica parlamentare appartenga più alla politica che al diritto, o meglio che la fissazione di standard e meccanismi di condotta colleghi le istituzioni democratiche al tentativo di individuare e recuperare una cultura politica democratica diffusa.

Sembra in altri termini plausibile ritenere, come già anticipato, che il vero obiettivo dell'adozione di un codice di condotta sia quello di generare o, meglio, rinnovare la fiducia dell'elettorato in un (lungo e chissà se recuperabile) momento di crisi della rappresentanza delle istituzioni politiche. L'opinione non deriva soltanto da un ragionamento per esclusione dei possibili effetti dei codici di condotta, ma si basa anche su un'interpretazione testuale degli stessi. L'art. 1 del codice della Camera dei comuni, ad esempio, non si ferma a dichiarare che lo scopo del codice è assistere i parlamentari nello svolgimento dei loro doveri o fornire loro una guida sui comportamenti corretti, ma prosegue stabilendo che tra gli obiettivi vi è anche quello di «assicurare la fiducia dell'opinione pubblica sul modo in cui i membri della Camera svolgono i loro doveri istituzionali». D'altro canto, come si è già segnalato, l'OSCE e il gruppo GRECO non hanno mai fatto mistero che uno dei principali risultati dell'autoregolamentazione della condotta dei deputati è quello di rafforzare la fiducia con l'elettorato, attraverso la fissazione di alti standard etici sui quali rispecchiare il comportamento di chi dovrebbe rappresentare un punto di riferimento per l'opinione pubblica. Da questo punto di vista, l'assenza di un meccanismo sanzionatorio non è determinante, poiché la forza dei codici di condotta deriverebbe «semplicemente dalla loro esistenza».²⁸ Attraverso l'approvazione di simili regole di deontologia, i Parlamenti intendono dare un chiaro e simbolico segnale di affidabilità all'opinione pubblica, specie nei periodi in cui la disillusione nei confronti della classe politica è alta.

²⁸ European Parliament, *Parliamentary Ethics*, cit., 18.

Ma vi è di più. Il mutamento delle forme di ‘controllo’ dell’opinione pubblica, che non si limitano più al voto elettorale, ma che proseguono nel corso della legislatura grazie agli strumenti di informazione (sondaggi, scambio immediato di informazioni e notizie, strumenti di e-democracy) fanno sì che la classe politica al potere possa essere costantemente sottoposta al giudizio degli elettori. Ancor più rispetto al passato, nelle democrazie contemporanee è allora fondamentale l’obiettivo strategico di comunicare fiducia e al tempo stesso di mettere al riparo il parlamentare da giudizi sommari di un’opinione pubblica la cui velocità di informazione non è correlata alla qualità della stessa. Se in passato bastava il momento del voto a legittimare sia i rappresentanti eletti sia l’indirizzo politico, oggi è sempre più avvertito il bisogno di rinnovare continuamente la legittimazione politica conseguita con il voto. Convincere i governati della ‘bontà’ dell’operato politico, mantenerli dalla propria parte diventano esigenze avvertite non soltanto durante la campagna elettorale, ma anche durante il mandato. L’adozione dei codici di condotta può forse contribuire a soddisfare tali esigenze.

Se ricorrere ai codici di condotta per convincere gli elettori circa il rispetto delle regole deontologiche sia uno scudo a protezione degli eletti o viceversa uno strumento per giudicarli, non dipenderà dalla presenza di tali atti, ma dall’uso (a protezione o a sanzione) che se ne farà. Come sempre, le regole scritte vivono e si saggiano nelle azioni e interpretazioni di chi le deve rispettare e far rispettare.

Parlamenti nazionali, legittimazione democratica e democrazia rappresentativa nell'Unione Europea

di Simone Benvenuti

Abstract: National Parliaments, democratic legitimization and representative democracy in the European Union - This article analyses of the role of National Parliaments (NPs) within the European Union in relation to the concept of democratic legitimacy and the principle of representative democracy. It first highlights the inadequate historical and theoretical contextualisation of such role compared to the abundance of empirical analyses. In embracing democratic disconnect as a concept that describes the role of NPs, the article draws the consequences of it, stressing the relationship between democratic disconnect and the concept of (democratic) legitimacy as throughput legitimacy. It then asserts that democratic re-connect and throughput legitimacy relate to *governance*, i.e. to the participation in the broader deliberative process; yet, they keep NPs outside the scope of *government*, i.e. the substantive participation in decision-making. Taking a critical stance on the current European role of NPs, the article concludes by identifying possible paths to increase legitimacy of the Union, and the role of NPs in it.

Keywords: National Parliaments; European Union; Democratic deficit; Legitimacy; Representative democracy.

2773

1. Premessa: le incerte basi concettuali dell'inclusione dei parlamenti nazionali nei processi decisionali europei

Il tema del rapporto tra parlamenti nazionali e integrazione sovranazionale europea ha dato luogo a una ricca riflessione giuridica e politologica con il conferimento ai parlamenti da parte dei Trattati di diritti e poteri nell'ambito dei processi decisionali europei, nonché di funzioni di raccordo nel quadro della cooperazione interparlamentare. L'articolo 12 TUE pare tuttavia attribuire loro una posizione ancillare: quella di *contribuire* al *buon funzionamento* dell'Unione. Nel riconoscerne un ruolo, allo stesso tempo lo circoscriverebbe, inserendoli in maniera ambigua nell'architettura democratico-rappresentativa dell'Unione delineata dall'articolo 10 TUE.

Le ragioni risiedono nel fatto che le innovazioni di Lisbona rispondono in parte a esigenze pratiche e di corto respiro: pur collocandosi sul fronte della legittimazione democratica dell'Unione, esse sono state determinate da esigenze di altra natura non arrivando a incidere sul nucleo democratico-rappresentativo¹.

¹ O. Rozenberg, *The Role of National Parliaments in the EU after Lisbon: Potentialities and Challenges*, Marzo 2017, rapporto commissionato dal Parlamento europeo.

La dottrina riflette queste incertezze, se non anch'essa un'ambiguità di fondo quanto al quadro interpretativo generale dei poteri dei parlamenti nazionali (inclusi quelli relativi al dialogo politico che non trovano una base giuridica nei Trattati), ma anche, più in generale, quanto al fenomeno della loro europeizzazione². Tale quadro interpretativo è spesso dato per presupposto e la partecipazione dei parlamenti nazionali ai processi decisionali europei giustificata genericamente con la questione annosa del deficit democratico – senza che di questo concetto sia data una definizione chiara –, o più correttamente con l'esigenza di sanare condizioni di disconnessione democratica, prospettiva che ha però conseguenze non chiaramente esplicitate. E tuttavia tali incertezze – in diritto e in dottrina – hanno conseguenze pratiche laddove occorra formulare un giudizio sulla partecipazione dei parlamenti nazionali ed eventualmente ipotesi di riforma dei poteri previsti dai Trattati.

L'indagine dei diversi settori dell'attività parlamentare in ambito UE e il monitoraggio della prassi³ hanno delineato un'immagine in chiaroscuro, in cui si scorge tanto il ruolo che (taluni) parlamenti sono in grado di giocare, quanto i limiti e le difformità esistenti nello spazio europeo nell'utilizzo di detti diritti e poteri e dei meccanismi e delle strutture introdotti nelle singole assemblee⁴. Tale immagine contrastata non è però contingente né è dunque perfezionabile attraverso interventi di riforma puntuali; essa deriva da ragioni strutturali che sono meglio messe in evidenza se a un approccio empirico-descrittivo si affianca un tentativo di concettualizzazione teorica. Deficitarie sono infatti le riflessioni in grado di chiarire in maniera soddisfacente la *ratio* della partecipazione dei parlamenti nazionali. Per dirla con Gavin Barrett, “*far more ink appears to have been spilt discussing how an enhanced role for national parliaments should be ensured, than on justifying why this should happen*”⁵.

In particolare, l'analisi concettuale unita a considerazioni tratte dall'analisi storica aiuta a comprendere la relazione tra ruolo dei parlamenti nazionali, consolidamento della legittimazione democratica dell'Unione e attuazione del principio della democrazia rappresentativa nell'Unione. Intendo qui appunto evidenziare le ambigue basi concettuali di tale ruolo. Mi soffermo anzitutto sul concetto di “deficit democratico”, cui è preferibile, con riguardo ai parlamenti nazionali, quello di “disconnessione democratica”. Quest'ultimo ha maggiore

² Sul concetto di europeizzazione, R. Ladrech, *Europeanization and National Politics*, Basingstoke, 2010, 2.

³ Di recente, il settore della *governance* economica ha riscosso per motivi evidenti l'interesse maggiore: v. ad esempio il numero speciale *National parliaments, the European Parliament and the democratic legitimization of the European Union economic governance*, in 40 *Journal of European Integration* 3, 235-273 (2018).

⁴ Si rimanda a titolo di esempio a C. Neuhold, *Conclusion: From 'Latecomers' to 'Policy Shapers'?* — *The Role of National Parliaments in the 'Post-Lisbon' Union*, in C. Neuhold et. Al. (eds), *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, Basingstoke, 2015, 668-686. Per la letteratura in lingua italiana, si rinvia a F. Lanchester, *Luci ed ombre delle istituzioni parlamentari in Europa*, in F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, 2016, 3-18.

⁵ G. Barrett, *The evolving role of national parliaments in the European Union. Ireland as a case study*, Manchester, 2018, 82.

limpidezza concettuale e meglio descrive il ruolo dei parlamenti nazionali in ambito europeo. Sostengo però che il concetto di disconnessione democratica si coniuga con uno specifico tipo di legittimazione, definibile come procedurale, il quale colloca i parlamenti al di fuori dell'area del *government*, o per dirla altrimenti al di fuori della rappresentanza in campo politico⁶. Nel sintetizzare le conclusioni osservo che se l'inclusione dei parlamenti nei processi decisionali europei si basa su una logica di legittimazione e consenso, piuttosto che democratico-rappresentativa, esistono elementi che portano a dubitare dell'efficacia di tale inclusione proprio ai fini della legittimazione del sistema di governo europeo.

2. Dal deficit democratico alla disconnessione democratica

L'inclusione dei parlamenti nazionali nei processi decisionali europei è spesso giustificata con l'esigenza di contrastare il deficit democratico dell'Unione. Secondo alcuni, essa mirerebbe a fornire linfa alla legittimazione democratica dell'Unione⁷. L'espressione deficit democratico, a prima vista chiara – essa indica una carenza in legittimazione democratica dei luoghi e delle istituzioni di determinazione dell'indirizzo politico –, si caratterizza tuttavia per una carica di ambiguità, riflessa nell'utilizzo che di essa è stato fatto nel corso del tempo⁸. L'espressione è stata coniata per la prima volta in un documento della *Gioventù federalista europea* al volgere degli anni '70⁹. Il suo utilizzo si associava a una lettura intimamente politica del progetto europeo, ispirata all'approccio federalista e che chiamava in causa gli organi delle Comunità, il livello sovranazionale dunque, di cui i federalisti europei reclamavano una piena e diretta legittimazione democratica. L'introduzione nel 1976 dell'elezione diretta del Parlamento europeo andava esattamente in questa direzione.¹⁰

Successivamente, dopo l'introduzione del voto di maggioranza in Consiglio con l'Atto unico europeo e nel contesto dell'accentuata integrazione economica con

⁶ F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, 2006.

⁷ D. Grimm, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione Europea*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2015, 7 s.

⁸ La polisemia della locuzione “deficit democratico” è tale che alcuni autori sono addirittura portati a escludere l'esistenza di un deficit. G. Majone, *Deficit democratico, istituzioni non-maggioritarie ed il paradosso dell'integrazione europea*, in *Stato e mercato*, 2003, 3-38 escludeva a esempio all'inizio dello scorso decennio che potesse parlarsi di deficit nella misura in cui il processo integrativo aveva migliorato significativamente la qualità delle democrazie nazionali. V. anche V. A. Schmidt, *Democracy in Europe. The EU and National Politics*, Oxford, 2006. Sulla concezione del deficit democratico quale riferito alla natura del processo decisionale UE e degli organi che lo determinano, C. Sprungk, *A New Type of Representative Democracy? Reconsidering the Role of National Parliaments in the European Union*, in 35 *Journal of European Integration* 5, 548 (2013).

⁹ B. Stråth, *Still the Europe of Minkard?*, Working paper n. 1/2011, UCL, The European Institute, September 2011, 8.

¹⁰ In ottica simile, l'articolo 38 del Trattato CED prevedeva la creazione di una comunità politica con una propria assemblea generale elettiva, M. Albertini, *L'Europa sulla soglia dell'Unione*, in *Il Politico*, 1985, 560.

il Trattato di Maastricht, il riferimento al “deficit democratico” è venuto a esprimere l'esigenza pratica di colmare il gap di legittimazione democratica, evidenziato dal risultato negativo del referendum danese e da quello non entusiasmante del referendum francese rispettivamente nel giugno e nel settembre 1992. Perdendo l'originaria connotazione progettuale, il richiamo al “deficit democratico” assumeva carattere strumentale e complementare a forme di «political messianism» e «telos legitimacy»¹¹. Se la realizzazione del mercato interno acquisiva priorità rispetto all'unione politica, dell'ideale dell'unione politica il concetto di deficit democratico finiva per essere sfrondata, mentre l'uso dell'espressione mirava a salvare, in quel contesto, il radicamento di principio in un'idea di democrazia o comunque nella tradizione democratica europea.

L'affermarsi della strumentalità del principio democratico chiarisce le ragioni del carattere reattivo, incrementale e frammentario delle misure poi adottate in tale ambito. Tali caratteri – reattività, incrementalità e frammentarietà – trovano una sintesi in due espressioni diffuse nella letteratura anglofona proprio in tema di parlamenti nazionali nell'Unione europea: “*always one step behind*” e “*catching up*”¹². Traducendo: le misure prese per colmare il deficit democratico ai fini di una compiuta integrazione politica si trovano sempre *un passo indietro*, costrette a *rincorrere* la più avanzata integrazione in altri ambiti.

Lo slittamento semantico dell'espressione “deficit democratico”, che dal pieno compimento della natura democratica degli organi sovranazionali finalizzato alla compiuta integrazione politica si traduce nel discontinuo – nel tempo e nello spazio – puntellamento democratico dei processi integrativi in altri settori, con lo sguardo rivolto alle tradizionali fonti statali di legittimazione democratica, trova una certificazione nell'espressione di “disconnessione democratica”¹³. La metafora della disconnessione – riconoscendo la persistente vivacità delle dinamiche democratiche nello spazio europeo pur sottoposte a stress da un punto di vista della teoria rappresentativa della democrazia, laddove il deficit evoca un'assenza – declina la carenza di legittimazione democratica sotto forma di uno iato da sanare tra la sede – europea – della decisione politica e la sede – statale – della legittimazione democratica.

Al pari dell'espressione “deficit democratico”, quella di “disconnessione democratica” non ha valenza meramente descrittiva, ma anche normativa. Se il primo mostra nella sua accezione originaria un *favor* per il progetto di unione politica federale, il secondo enfatizza la dimensione statale. Esaurita la spinta

¹¹ J. H. H. Weiler, *In the Face of Crisis: Input Legitimacy, Output Legitimacy and the Political Messianism of European Integration*, in 34 *Journal of European Integration*, 7, 825-841 (2012).

¹² T. Raunio, *Always One Step Behind? National Legislatures and the European Union*, in 34 *Gov't & Opp.*, 2, 180-202 (1999); J. E. Fossum, *The Crisis and the Question of De-parliamentarization in Europe*, in V. Guiraudon – C. Ruzza – H.J. Trenz (Eds), *Europe's Prolonged Crisis. Europe's Prolonged Crisis. The Making or the Unmaking of a Political Union*, Basingstoke, 2015, 50.

¹³ P. L. Lindseth, *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation State*, Oxford, 2010, 234 è il primo ad aver utilizzato questa espressione, ripresa da N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella “costituzione composita” nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, 2014, 2 ss. e R. Bellamy – S. Kröger, *The Politicization of European Integration: National Parliaments and the Democratic Disconnect*, in 14 *Comparative European Politics*, 2, 125 s. (2016).

federalista, che incontra oggi anche ostacoli pratici nel quadro di un'Unione allargata e sempre più frammentata, l'obiettivo consiste nel *riconnettere* il processo decisionale sovranazionale con i meccanismi nazionali di controllo democratico¹⁴. Le difficoltà di questo paradigma emergono allorché si evidenzia il legame della nozione di “disconnessione” – la quale presuppone un panorama di legittimazione democratica frammentato tra ventotto parlamenti geograficamente distanti e istituzionalmente diversificati – con le dimensioni specifiche della legittimazione.

3. Parlamenti nazionali e legittimazione democratica

In tema di legittimazione – intesa come qualità del potere politico che lo rappresenta tra i consociati come “giusto e meritevole di accettazione”, suscitando così consenso¹⁵ – è possibile con sguardo sintetico distinguere nel processo di integrazione tre dimensioni: legittimazione in uscita (*output legitimacy* nella letteratura anglofona), centrata sui risultati dell'azione politica, dunque sulla capacità di garantire risultati soddisfacenti; legittimazione in entrata (*input legitimacy*), centrata sui caratteri propri del potere politico, ad esempio sulla sua natura democratica; legittimazione procedurale (*throughput legitimacy*), in cui l'accento è posto sulle modalità con cui il potere è esercitato, ad esempio attraverso modalità inclusive, partecipative e basate sul dialogo.

La legittimazione, come fenomeno unitario, è il frutto dell'interazione tra diversi tipi di legittimazione; nondimeno, almeno in linea teorica, si può dare una prevalenza dell'uno o dell'altro tipo. Secondo le letture più diffuse, dalle origini le Comunità hanno costruito la propria legittimazione su basi funzionaliste, sulla capacità di garantire determinati risultati quali la pace e le buone relazioni tra Paesi usciti da un'esperienza bellica devastante e la ricostruzione, quindi la crescita economica degli stessi. Negli ordinamenti dell'ex blocco sovietico, all'inizio del millennio, la legittimazione dell'Unione europea pure si è costruita sulla prospettiva del ritorno nell'alveo delle nazioni democratiche europee o, più prosaicamente, della crescita economica¹⁶. Questo approccio è esemplificato nell'articolo 3 TUE, in particolare nel paragrafo 1 (“L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli”), e nei successivi paragrafi 2, 3 e 5. Le tesi di Giandomenico Majone in materia di deficit democratico pure aderiscono a questo schema, nella misura in cui mettono in rilievo gli effetti di potenziamento democratico determinati dal processo di integrazione¹⁷.

2777

¹⁴ N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali*, cit., p. 2; A. Bradley – C. Pinelli, *Parliamentarism*, in M. Rosenfeld – A. Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 668.

¹⁵ Sul concetto di legittimazione e sulla differenza rispetto a quello di legittimità, F. Lanchester, *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, in *Il Politico*, 1998, 547-565.

¹⁶ S. Benvenuti, *L'europeizzazione dei parlamenti nazionali. Prospettive dell'Europa centro orientale (Slovenia Ungheria Croazia)*, Padova, 2017.

¹⁷ V. *supra* n. 8

La legittimazione in entrata, in senso democratico, è determinata dalla possibilità per coloro che sono governati di intervenire nella creazione delle norme¹⁸: in altre parole, la possibilità per i cittadini (degli Stati) europei di determinare più o meno direttamente, per via rappresentativa o per altre vie, ma comunque nella sostanza, l'indirizzo politico europeo. Tale tipo di legittimazione consta di due elementi: da un lato, un complesso istituzionale democraticamente caratterizzato, la cui formazione e il cui funzionamento si fondano su processi di natura democratica¹⁹; dall'altro, l'attribuzione a tale complesso istituzionale di poteri sostanziali nel processo di creazione delle norme e di decisione politica. In ambito internazionale, questo tipo di legittimazione democratica in entrata si collega tradizionalmente all'autorizzazione dei parlamenti alla ratifica dei trattati, in alcuni casi preceduta da consultazione popolare tramite referendum²⁰. Nei regimi democratico-rappresentativi, l'autorizzazione parlamentare alla ratifica costituisce difatti a livello interno il fondamento di legittimazione democratica tipico di qualunque organizzazione internazionale. Il grado di centralizzazione raggiunto dall'organizzazione Unione europea, non rintracciabile in altre organizzazioni internazionali²¹, unito al carattere autonomo del suo ordinamento, hanno avuto conseguenze rilevanti a questo riguardo. La "trasformazione dell'Europa"²², specialmente nel periodo a cavallo tra la metà degli anni '80 e la metà degli anni '90, ha posto gli strumenti di legittimazione democratica in entrata sotto tensione. Ciò ha avuto due conseguenze.

La prima – verrebbe da dire: naturale – è consistita nell'accrescimento dei poteri del Parlamento europeo. L'Atto unico europeo ha ad esempio reso obbligatorio il suo assenso ai fini dell'ingresso di un nuovo membro. I trattati di Maastricht e di Amsterdam hanno a loro volta attribuito ad esso poteri di co-decisione su un più ampio ventaglio di materie. Seguendo questa linea, il Trattato di Lisbona ne ha riconosciuto pienamente il ruolo di co-legislatore, estendendone i poteri in materia di bilancio e assegnandogli un ruolo nell'elezione del presidente della Commissione europea.

La seconda via è consistita nel coinvolgimento dei parlamenti nazionali. Questa si realizza proprio a partire da due dichiarazioni annesse al Trattato di Maastricht²³. Le disposizioni ivi contenute e poi sviluppate nel protocollo al

¹⁸ Questa definizione è mutuata da T. Risse – M. Kleine, *Assessing the Legitimacy of the EU's Treaty Revision Methods*, in 45 *Journal of Common Market Studies*, 1, 72 (2007).

¹⁹ Ad esempio, l'esistenza di elezioni e forme di *accountability* democratica nel complesso della forma di governo.

²⁰ I trattati istitutivi delle Comunità si limitavano a prevedere, per la loro entrata in vigore, per l'entrata in vigore di emendamenti agli stessi e degli accordi di adesione, la ratifica da parte dei contraenti, conformemente alle rispettive norme costituzionali (si vedano ad es. gli articoli 236, 237 e 247 del Trattato istitutivo la CEE). Si comprende qui la rilevanza teorica degli articoli 48 e 49 TUE, i quali coinvolgono i parlamenti nazionali nelle procedure di revisione dei Trattati.

²¹ J.-P. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée: Allemagne, France, Italie*, Paris, 2015.

²² J. Weiler, *The Transformation of Europe*, in 100 *The Yale Law Journal*, 8, 2403-2483 (1991).

²³ *Declaration on the role of National parliaments in the European Union and Declaration on the Conference of the Parliaments*.

Trattato di Amsterdam, quindi in quelli al Trattato di Lisbona e nelle disposizioni pattizie, sono tuttavia qualitativamente differenti dalle misure riguardanti il Parlamento europeo. Esse assegnano funzioni nell'ambito, ma ai margini, del processo legislativo europeo, attraverso cui i parlamenti possono contribuire a prevenire l'adozione di atti, non determinarla²⁴; nell'ambito dell'attività di controllo del Governo in Consiglio, ma in un contesto sfuggente ad alta frammentazione²⁵; nell'ambito comunicativo/cooperativo, propedeutico all'esercizio dei poteri assegnati loro, ma con limiti evidenziati dalla prassi. In breve, dette disposizioni non mirano ad attribuire una porzione di potere decisionale. Secondo Gavin Barrett, i parlamenti nazionali “*are outsiders to the European level policy-making process, being neither geographically close to the locus of EU decision-making nor institutionally involved in the actual process of decision-making*”²⁶.

Tali poteri mirano piuttosto a rafforzare la qualità democratica e deliberativa del *processo* decisionale. L'inclusione dei parlamenti nazionali nel processo decisionale non potenzia la legittimazione democratica in entrata, che riguarda il complesso istituzionale deputato ad assumere le decisioni politiche rilevanti. Essa agisce bensì sulla legittimazione procedurale²⁷, che attiene ai caratteri del processo deliberativo preliminare alla decisione o a una sua correzione ex post: non, dunque, alla natura del *locus* istituzionale in cui si forma l'indirizzo politico. La legittimazione procedurale, più in generale, attiene infatti all'inclusione di una varietà di attori istituzionali o sociali (organizzazioni, reti, associazioni, cittadini, etc.) nella formazione e implementazione delle politiche. Per dirla con Schmidt, “*throughput is process-oriented, and based on the interactions – institutional and constructive – of all actors engaged in EU governance*”²⁸.

L'eco di questa dimensione della legittimazione è presente negli articoli 1 e 11 TUE. Il primo prevede che le decisioni dell'Unione “siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini”. L'articolo 11 TUE declina ulteriormente l'elemento partecipativo/procedurale rispetto a cittadini e associazioni rappresentative (paragrafi 1 e 4), con cui le istituzioni dell'Unione “mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare” (paragrafo 2), in particolare la Commissione che procede ad ampie consultazioni “al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione” (paragrafo 3) e

2779

²⁴ C. Sprungk, *A New Type*, cit., parla di ruolo di guardiania (*gatekeeping*): in realtà, nella procedura di allerta precoce il vero *gatekeeper* rimane la Commissione. Considerazioni simili valgono anche per le funzioni di controllo di sussidiarietà successivo, per cui alcune normative nazionali riconoscono peraltro – come nel caso ungherese – un ruolo centrale al Governo.

²⁵ Sempre C. Sprungk, *A New Type*, cit., parla di funzione di controllo esercitata in maniera unitaria (*unitary scrutiniser role*): ma, appunto, quanto sia deficiente il carattere unitario di tale ruolo è messo in luce dagli studi empirici e anche dalla riflessione teorica.

²⁶ G. Barrett, *The evolving role*, cit., 82.

²⁷ N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali*, cit., 3.

²⁸ V. A. Schmidt, *Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and 'Throughput'*, in 61 *Political Studies*, 1, 5 (2013).

può essere invitata da gruppi di cittadini ad assumere iniziative per regolare determinate materie in attuazione dei Trattati (paragrafo 4).

Il posto dei parlamenti nazionali in tale contesto è definito dall'articolo 12, che stabilisce il principio per cui i "parlamenti nazionali contribuiscono al buon funzionamento dell'Unione", per poi enumerare diritti e poteri generali che li situano precisamente sul versante della legittimazione procedurale. Quanto ai poteri – senza dunque considerare i diritti (passivi) di informazione di cui al paragrafo (a.) ed (e.) e la previsione sulla cooperazione interparlamentare di cui al punto (f.) – la loro formulazione generale si traduce in forme *eventuali* di monitoraggio e partecipazione esterni al perimetro della decisione politica – alla determinazione dell'indirizzo politico – esercitati singolarmente o collettivamente da un complesso istituzionale sfilacciato, ad alta frammentazione ed eterogeneità: quello, appunto, costituito da 28 parlamenti nazionali.

Questo approccio ha – in teoria – rilievo in termini di legittimazione democratica, o anche in termini di efficienza sistemica (e dunque legittimazione in uscita), nella misura i parlamenti coinvolti nella fase ascendente di produzione del diritto europeo risultano poi più efficienti nella fase discendente di attuazione a livello nazionale, con conseguenze sul più alto livello di accettazione delle decisioni assunte a livello europeo²⁹. Esso elude una domanda cruciale: chi (e che natura ha colui che) decide? In effetti, non è questa la domanda a cui i meccanismi di legittimazione procedurale intendono rispondere.

4. Parlamenti nazionali e democrazia rappresentativa europea, tra *government* e *governance*

L'elusione di questa domanda evidenzia l'incapacità di risolvere la questione decisiva della carente legittimazione democratica delle sedi decisionali europee in cui risiede una parte importante del "*politico contemporaneo*"; il miglioramento della qualità deliberativa non risolve il problema del fondamento democratico di decisioni prese in luoghi istituzionali la cui natura democratica non è soddisfacente per il prevalere di altri tipi di rappresentanza sul momento democratico elettivo. In tal senso, l'inclusione dei parlamenti nei processi decisionali UE non costituisce un elemento di inveramento dei principi della democrazia rappresentativa a livello europeo, nella misura in cui i parlamenti nazionali non si pongono rispetto all'indirizzo politico europeo come soggetti della rappresentanza in campo politico, il che presupporrebbe "*almeno teoricamente [di] poter partecipare in maniera diretta alla distribuzione autoritativa di valori e non solo essere abilitati a influire sulla stessa*"³⁰.

Si chiarisce qui il rapporto problematico tra parlamenti nazionali e democrazia rappresentativa europea³¹. In effetti, l'articolo 10 (2) TUE stabilisce un legame tra parlamenti nazionali e democrazia rappresentativa laddove statuisce

²⁹ G. Barrett, *The evolving role*, cit., 83.

³⁰ F. Lanchester, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo*, in S. Rogari (a cura di), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze, 2006, 7-26.

³¹ C. Sprungk, *A New Type*, cit. 547-563, sostiene che il concetto di democrazia rappresentativa muti nel contesto sovranazionale rispetto alla concezione classica, propria dello Stato-nazione.

che i governi in Consiglio sono “democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali”. Ma, come detto, l’articolo 12, assegnando poteri e diritti, circoscrive poi il ruolo dei parlamenti, che “contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell’Unione”. Considerando quanto sopra, questa disposizione potrebbe essere riformulata come segue: i parlamenti nazionali sono uno degli attori della *governance* europea, ma sono al di fuori del recinto del *government*³². L’attenzione che la *governance* rivolge alle virtù dell’apertura (*openness*), della trasparenza (*transparency*), della vicinanza ai destinatari delle decisioni, cela il fatto che alla fine *qualcuno prende una decisione e ne è responsabile*. Nell’architettura europea questo è l’organo legislativo europeo composto dal Parlamento europeo, dal Consiglio UE e dalla Commissione principale detentrici dell’iniziativa, e il Consiglio europeo come organo che definisce gli orientamenti politici generali dell’Unione.

È significativo che uno dei documenti politici più importanti in tema di *governance* europea, il “Libro bianco sulla governance europea” del 2001, pur vago nella concettualizzazione della *governance* ma che trae ispirazione evidente dai principi dell’apertura, della trasparenza, dell’inclusione dei cittadini nel processo decisionale UE, inquadri in maniera non ambigua il ruolo dei parlamenti in tali termini. In esso si sottolinea a esempio l’esigenza che sia “promossa la partecipazione dei parlamenti nazionali e delle loro commissioni specializzate negli affari europei”, mentre in altri passaggi è fatto riferimento al Protocollo annesso al trattato di Amsterdam sul ruolo dei parlamenti nazionali. Tali riferimenti, presenti in un documento che ha occupato tanto spazio nel dibattito istituzionale europeo di inizio millennio, sono generalmente omessi allorché si discute di parlamenti nazionali. Il concetto di *governance* non si mostra tuttavia adatto a inquadrare istituzioni rappresentative in campo politico quali sono i parlamenti nazionali all’interno dei rispettivi sistemi costituzionali: istituzioni che assumono una posizione differente, menomata, nel quadro del sistema “costituzionale” europeo.

In definitiva, il coinvolgimento dei parlamenti nazionali non comporta il passaggio da un processo decisionale centralizzato e non adeguatamente

³² Nella prospettiva qui adottata, che non li considera concetti esclusivi (prospettiva che non è possibile sviluppare per ragioni di spazio), la *governance* attiene al processo deliberativo funzionale alla decisione (a come si decide); il *government* al momento della decisione (a chi decide). In questi termini, la *governance* non viene a sostituire il *government* e non elimina la problematica del secondo, relativa al detentore della decisione e alle sue qualità. Sul concetto di *governance* esiste un’ampia letteratura che in parte lo sviluppa proprio in opposizione a quello di *government*. Si rimanda in particolare a J. N. Rosenau, *Governance, Order and Change in World Politics*, in J. N. Rosenau – E.-O. Czempiel (Eds), *Governance without Government. Order and Change in World Politics*, Cambridge, 1992, 1-29 e, per l’Italia, a A. Lattarulo, *Oltre la sovranità degli Stati-nazione: la governance*, in *Democrazia e Diritto*, 2009, 249 ss. e Maria Rosaria Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010. Ai fini della ricostruzione del concetto di *governance*, è fondamentale anche il mutamento di paradigma piramide-rete sui cui F. Ost – M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

democratico a un processo decisionale aperto e rispondente pienamente agli standard democratico-rappresentativi; esso sanziona soltanto il passaggio da un processo decisionale centralizzato e non adeguatamente democratico a un processo decisionale centralizzato e non adeguatamente democratico, seppur aperto in misura maggiore all'apporto esterno di attori, per ciò stesso, marginali.

5. Conclusioni: le radici delle incerte basi concettuali dell'inclusione dei parlamenti nazionali nei processi decisionali europei tra legittimazione e delegittimazione del processo di integrazione

L'analisi ha voluto evidenziare che l'europeizzazione dei parlamenti nazionali e la loro inclusione nei processi decisionali UE è collegata a esigenze di legittimazione democratica del sistema di governo nel suo insieme, pur tenendoli al di fuori del circuito democratico-rappresentativo del *government*.

Vorrei concludere con alcune brevi osservazioni sui possibili effetti di tale inclusione rispetto alla legittimazione democratica dell'Unione. L'osservazione di certa prassi sembra indicare che i parlamenti si limitino a un esercizio formale – “burocratico” – delle proprie funzioni, così frustrando i processi di europeizzazione e l'attribuzione di poteri, quando gli stessi non siano addirittura usati *contro* l'Unione³³. Ciò è in linea con la vicenda del rapporto tra parlamenti nazionali e governo europeo. Tale rapporto si sviluppa in termini problematici, e le tendenze della deparlamentarizzazione a livello nazionale iniziano a essere percepite, a partire dalla prima metà degli anni '70 in due Paesi – Danimarca e Regno Unito – gelosi del loro *status* di sovranità e delle prerogative dei rispettivi parlamenti, la cui cultura politica è infatti caratterizzata dalla resistenza alle letture federaliste al processo di integrazione e dalla presenza di forti oppositori all'integrazione, all'epoca noti sotto il nome di *anti-marketeers*³⁴. Lungo questa linea, gli organi parlamentari danese e britannico hanno sviluppato assai presto un quadro istituzionale di controllo dei processi decisionali europei – quello c.d. del mandato e quello documentale – fornendo non a caso i due modelli di riferimento di controllo parlamentare a cui si sono ispirati nei decenni successivi gli altri Stati membri³⁵. Solo successivamente all'adozione dell'Atto Unico europeo l'europeizzazione dei parlamenti nazionali si inquadra in una più generale strategia europea. La creazione della COSAC nel 1989, poi menzionata in una Dichiarazione annessa al Trattato di Maastricht, lasciava però irrisolto il nodo del rapporto tra Parlamento europeo e parlamenti nazionali.

³³ Il caso ungherese è forse un caso limite ma esemplare: si pensi alla vicenda del referendum dell'ottobre 2016 sulla distribuzione delle quote di rifugiati, M. Varju – V. Czina, *Hitting where it hurts the most: Hungary's legal challenge against the EU's refugee quota system*, in *VerfassungsBlog*, 17 febbraio 2016.

³⁴ Si veda ad es. M. Kolinsky, *Parliamentary Scrutiny of European Legislation*, in 10 *Gov't & Opp.*, 1, 64 (1975).

³⁵ J. Fritzmaurice, *National Parliaments and European Policy-making. The case of Denmark*, in 29 *Parl. Aff.*, 3, 281 (1976); S. Benvenuti, *The Role of National Parliaments in the EU: Ambiguities and Shortcomings*, MUNI Law Working Paper No. 2017.04.

Proprio in questa seconda fase si colloca la proposta della Camera dei comuni del Regno Unito di creare una camera alta europea composta da rappresentanti dei parlamenti nazionali³⁶. Lungo questa linea, il c.d. accordo Cameron-Tusk formalizzato nel Consiglio europeo del 18-19 febbraio 2016 aveva recepito la richiesta dell'allora Primo ministro britannico di introdurre un potere di veto (c.d. *red card*) che i parlamenti rappresentanti più del 55% dei voti avrebbero potuto attivare³⁷.

In breve, il dibattito sul ruolo dei parlamenti nazionali nel “governo” europeo si è storicamente sviluppato lungo due direttrici: democratizzazione e freno all'integrazione. L'accento è posto generalmente sul primo elemento, anche nei Trattati: si pensi ancora all'articolo 12 TEU che è incluso nel Titolo II relativo ai principi democratici; si è invece portati a perdere di vista il secondo, pur evidenziato dal rilievo dato ai meccanismi di controllo della sussidiarietà, che è un principio relativo al funzionamento della democrazia, e non di per sé un principio di democrazia³⁸.

Che prevalga un approccio “burocratico” o piuttosto individualistico improntato alla mera difesa dell’“interesse” nazionale, che da strumento dell'integrazione configura gli organi parlamentari come luoghi di contestazione della stessa, le possibili conseguenze negative sulla legittimazione del progetto europeo dovrebbero spingere a ripensare il ruolo dei parlamenti nazionali nel quadro di una più ampia riforma in senso federale del sistema di governo europeo.

Questa prospettiva implica una *molteplicità* di interventi *de iure condendo* che non possono peraltro prescindere dagli elementi contestuali, a partire da quelli prettamente politici. Sia tuttavia consentito qui un breve accenno ad alcune misure idonee a migliorare la legittimazione, sia in entrata, che in uscita o in ambito procedurale.

Quanto alla prima dimensione – legittimazione in entrata – sembra inevitabile percorrere la via del potenziamento della natura democratica delle sedi sovranazionali che si trovano nel perimetro del *government*. Sulla realizzabilità di ciò incombono incognite politiche ma anche ostacoli pratici, se solo si pensa al perfezionamento di un quadro normativo comune finalizzato allo sviluppo di partiti realmente transnazionali³⁹. Ciononostante, permane la consapevolezza che

³⁶ P. Norton, *Conclusion: Addressing the Democratic Deficit*, in 1 *The Journal of Legislative Studies*, 3, 184 (1995).

³⁷ *PM letter to President of the European Council Donald Tusk: A New Settlement for the United Kingdom in a Reformed European Union*, 10 novembre 2015; European Council, *Draft Decision of the Heads of State or Government, meeting within the European Council, concerning a New Settlement for the United Kingdom within the European Union*, 2 febbraio 2016, 10 s.

³⁸ N. W. Barber, *The Limited Modesty of Subsidiarity*, in 11 *European Law Journal* 3, 308 (2005).

³⁹ Sul tema rimando a J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012, 51 e, più nello specifico, B. Donnelly – M. Jopp, *Les partis politiques européens et la démocratie dans L'UE*, in AA. VV., *La démocratie au sein de l'UE et le rôle du Parlement européen*, in *Notre Europe. Etudes & recherches*, n. 70, Paris, 2009, e W. Lehmann, *Recent Advances towards Veritable European Political Parties*, intervento alla Max Weber Programme Lustrum Conference organizzata dallo European University Institute, Villa La Fonte, San Domenico, 8-10 giugno 2011, 1-15.

solo un processo di integrazione politico e partitico consente di superare asimmetrie politiche (e specificamente democratiche) che hanno conseguenze di rilievo, in termini di legittimazione dell'Unione, proprio in quei Paesi che con maggiore gravità vivono tali asimmetrie⁴⁰.

Questo primo livello di interventi deve necessariamente accompagnarsi a misure di potenziamento della legittimazione in uscita, complementari ai primi. L'obiettivo è una maggiore efficacia delle politiche unitarie: tanto attraverso la semplificazione dei processi decisionali europei, quanto nel senso della coerenza tra attribuzioni competenziali che consenta una capacità di controllo e prevedibilità degli effetti delle politiche stesse, a partire dal tema della fiscalità. In questa direzione non va certamente la moltiplicazione dei *veto players*, come tendono a operare (seppur in maniera inefficace e differenziata) i parlamenti nazionali, né i processi di (ri)appropriazione in nome di una presunta, fraintesa sovranità.

In tale contesto, sarebbe piuttosto da valorizzare, per gli organi parlamentari nazionali, la funzione volta a un efficace monitoraggio e al controllo dei rispettivi esecutivi nella loro attività "ascendente" in seno agli organismi europei, nell'ottica non solo di maggiore trasparenza e responsabilità, ma anche di rafforzamento della legittimazione democratica di detti organismi: secondo la corretta previsione (o forse è più corretto dire auspicio) dell'articolo 10(2) TUE. Non è da trascurare, infine, la collocazione dei parlamenti nazionali (e delle assemblee regionali) nel circuito discendente di attuazione del diritto e delle politiche comunitarie, ove può recuperarsi la tensione verso la diversità (pur nei limiti del quadro normativo dell'Unione e con l'eventuale filtro dei giudiziari nazionali) che è elemento imprescindibile e ricchezza del progetto europeo.

⁴⁰ Il tema delle asimmetrie politiche nelle federazioni è ancora poco sviluppato ed è oggetto di interesse soprattutto nella letteratura politologica con riferimento al paradigma centro-periferia: si vedano con riferimento all'Unione Europea J. M. Magone - B. Laffan - C. Schweiger (Ed.), *Core-periphery Relations in the European Union*, New York, 2016 (in particolare parti I e IV); N. Parker (Ed.), *The Geopolitics of Europe's Identity*, New York, 2008 (i saggi di N. Parker, *A Theoretical Introduction: Space, Centers, and Margins*, 3-24, e *Denmark's and Britain's Marginality Strategies Compared*, 103-120); T. Hauswedell - A. Körner e U. Tiedau, *Re-Mapping Centre and Periphery Asymmetrical Encounters in European and Global Contexts*, London, 2019 (i saggi di A. Körner, *Space and Asymmetric Difference in Historical Perspective: An Introduction*, 1-14 e Jan Ifversen, *Europe and the Concept of Margin*, 27-43). Sia permesso di rinviare anche a Simone Benvenuti, *Federalism, centre(s) and peripheries: reflections upon the impact of political asymmetries on the operation of federal polities*, intervento al seminario di studio "Constitutional Principle or Political Process? The Future of Federalism in Comparative Perspective, Second European Constitutional Law Schmooze", October 25-26, 2019, Università degli studi di Milano.

I parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea, fra partecipazione al *decision-making process* e coinvolgimento delle istanze territoriali

di Caterina Drigo

Abstract: National Parliaments and the European integration process, between participation to the decision-making process and involvement of territorial institutions

- This essay outlines the role that the national parliaments of federal and regional states can play in the context of the multilevel governance of the EU. The methods of coordination between national parliaments and sub-state territorial bodies are analysed. They express a bilateral process that moves as much on the European side as on the internal one, potentially giving life to a system that can significantly contribute to the process of European integration, and that appears to be one of the essential tools to make up, at least partially, to the “democratic disconnect” of the European Union.

Keywords: National Parliaments in EU; Multilevel governance EU; Early warning system; Interparliamentary cooperation; Political dialogue.

2785

1. Considerazioni introduttive

L'Unione europea rappresenta un interessante laboratorio in cui osservare l'evolvere del ruolo dei parlamenti nazionali alla luce delle sfide poste loro dall'evoluzione sociale, politica ed istituzionale¹.

Soprattutto a partire dal Trattato di Lisbona i parlamenti nazionali e - laddove presenti, gli enti territoriali degli ordinamenti composti, siano essi stati federali o regionali, titolari di autonome potestà legislative - hanno visto progressivamente accresciute le loro funzioni, seppure secondo traiettorie a geometria fortemente variabile. Il quadro normativo, infatti, pur valorizzando il ruolo che i parlamenti nazionali possono esercitare in sede europea, soprattutto con riferimento alla fase ascendente dei processi di produzione normativa, va letto attraverso il prisma delle prassi applicative. Si è scelto di circoscrivere l'indagine agli ordinamenti composti, siano essi regionali o federali, per le loro peculiari

¹ In tal senso già T. Raunio, *National Parliaments and European Integration: What We Know and Agenda for Future Research*, 15 *Journal of Legislative Studies*, 2009, ripreso da C. Fasone, N. Lupo, *Parliaments in the Composite European Constitution*, in Id (Eds), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford, 2018, 1.

modalità di partecipazione ai processi decisionali europei, che vedono variamente coinvolti sia i parlamenti², sia gli enti territoriali, sia i governi.

A livello europeo si osserva la presenza di un panorama non omogeneo: se, in termini generali, si può affermare che gli Stati e i loro enti territoriali sembrano aver compreso che l'Unione europea può essere non solo un sistema suscettibile di condizionare o vincolare il loro margine d'azione, ma anche un sistema in grado di promuovere valide opportunità di integrazione e sviluppo, al contempo, tale processo di progressiva integrazione ha scontato e, a livello di prassi continua a scontare, un gap di natura politica, prima che normativa. Gap che vede gli enti territoriali comunque subalterni rispetto alla centralità degli Stati e i parlamenti nazionali in posizione recessiva rispetto ai governi, i quali continuano a rivestire un ruolo centrale in larga parte dei processi decisionali.

In un contesto storico, politico e istituzionale in cui sono sempre più forti le anime antieuropeiste, paiono particolarmente attuali questioni, invero a lungo dibattute, quali il *democratic deficit* dell'UE – o, come acutamente definito, il “*democratic disconnect*”³ – il peso dei parlamenti nazionali nella c.d. *multilevel governance* dell'UE e, più in generale, la tenuta istituzionale dell'Unione stessa, sottoposta, negli ultimi 10-15 anni, ad assi di tensione molto forti quali una grave crisi economica che ha comportato il rafforzamento del metodo intergovernativo, l'erompere del fenomeno migratorio secondo dinamiche che ci colpiscono quotidianamente in tutta la loro drammaticità e la parallela affermazione di istanze populiste, sovraniste ed antieuropeiste in molti Paesi Membri.

Anche in ragione di ciò, la dottrina o sottolinea come, in concreto, i parlamenti nazionali (e gli enti territoriali degli stati composti) si trovino a dover affrontare sfide che pongono fortemente in crisi il loro ruolo⁴ o sostiene che essi, di fatto, esercitino una posizione recessiva nei processi di *multilevel governance*

² Invero, la stessa nozione di *parlamenti nazionali* rilevante ai fini dell'applicazione delle norme europee andrebbe investigata, sebbene non ci sia spazio in questa sede. Per approfondimenti sul punto si v., ad esempio, N. Lupo, *I poteri “europei” dei parlamenti nazionali*, in F. Balaguer Callejón et al. (Eds), *Scritti in onore di Antonio d'Atena*, III, Milano, 2015, 1713 ss., spec. 1720.

³ Espressione coniata da P. Lindeseth [*Power and legitimacy: Reconciling Europe and the Nation State*, Oxford, 2010] e ripresa da N. Lupo [in *Unione Europea e cooperazione parlamentare: un dibattito*, in *Nomos*, 1, 2016, 13] il quale sottolinea come in Europa il livello di democrazia sia comunque molto alto, specie se si considerano quali termini di raffronto altri contesti ordinamentali.

⁴ Di recente, *ex multis*: C. Fasone, N. Lupo, *Parliaments in the Composite European Constitution*, cit., 3; ma si vedano anche L.F.M. BESSELINK, *The Place of National Parliaments within the European Constitutional Order*, in N. Lupo, C. Fasone (a cura di), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, cit., 23 ss.; D. Grimm, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in F. Lanchester (Ed), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, 2016, 19 ss.; A. Groen, T. Christinasen, *National Parliaments in the European Union: Conceptual Choices in the European Union's Constitutional Debate*, in C. Heffler et al (Eds), *The Palgrave Handbook on National Parliaments and the European Union*, UK, 2015, 43 ss.; M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. V, Torino, 2012, 485 ss.; A. Manzella, *Parlamento Europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista AIC*, 1, 2015, 1 ss.; R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione Europea*, Bologna 2015, spec. 151 ss., ove si sottolinea l'incertezza e l'ambiguità dell'aumentato ruolo dei parlamenti nazionali.

dell'UE⁵. E ciò nonostante sia incontestabile la tendenza valorizzatrice espressa sia dai Trattati europei, sia da una serie di importanti norme ad essi connesse, o di essi attuative, essendo state predisposte procedure specifiche tese ad un maggior coinvolgimento dei parlamenti nazionali nei processi decisionali europei⁶. Al contrario, non manca chi guarda con maggior fiducia alle potenzialità esprimibili dai parlamenti nazionali sottolineando come la loro posizione «almeno formalmente preminente... in gran parte degli Stati membri dell'Unione» ha «offerto non solo un parametro di giudizio della democrazia europea, ma anche una risorsa supplementare per il suo sistema di decisione»⁷.

2. I parlamenti nazionali in Europa: traiettorie di una partecipazione asimmetrica e fluida

Valutare il ruolo dei parlamenti nazionali in sede europea impone di considerare una pluralità di aspetti che saranno solo in parte oggetto del presente studio. Innanzitutto, si può analizzare l'insieme di previsioni che consentono ai parlamenti di espletare al meglio una serie di funzioni di controllo nei confronti dei rispettivi esecutivi in sede di determinazione della posizione nazionale sull'adozione degli atti normativi europei. Funzioni che sono riconducibili, peraltro, ai tradizionali poteri di controllo riconosciuti ai parlamenti. Può essere, altresì valutato quell'insieme di previsioni ulteriori che consentono ai parlamenti nazionali di partecipare a vario titolo, sebbene non in termini di vera e propria 'codecisione', ad

2787

⁵ Tale processo risponderebbe ad un duplice ordine di ragioni, una "fisiologica" e l'altra meno. Secondo parte della dottrina, infatti, la perdita del monopolio sulla legislazione da parte dei Parlamenti nazionali altro non sarebbe che una fisiologica conseguenza dell'implementazione del processo di integrazione europea e del trasferimento di numerose competenze dagli Stati all'Unione. Il secondo ordine di ragioni, invece, risponderebbe ad una logica disfunzionale, derivando da una significativa perdita di peso ed influenza dei Parlamenti a favore del riconoscimento di un ruolo di primo piano in capo ai governi. Sul punto si v. G. Amato, in *Unione Europea e cooperazione parlamentare: un dibattito*, in *Nomos*, 1, 2016, 2-3). In senso conforme, più di recente, V. Lippolis, *Gli effetti del processo di integrazione sul Parlamento*, in A. Ciancio (Ed), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Torino, 2017, 13 ss. L'Autore, in particolare, ritiene che contribuisca a erodere i poteri dei parlamenti nazionali anche l'adozione di norme, sull'onda della crisi economica finanziaria, che hanno imposto limiti alle politiche economiche nazionali condizionando significativamente «il potere di borsa dei parlamenti», 13.

⁶ V. Lippolis, *ult. op. cit.*, 13 ss.; P. Bilancia, *L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, in Lanchester (Ed), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, cit., 35 ss.; nonché P. Bilancia, *Il crescente coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea. In particolare sul controllo di sussidiarietà nell'area di sicurezza, libertà e giustizia*, in Id (Ed), *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Milano, 2016, 1 ss.; A. Manzella, N. Lupo (Eds), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, 2014; L. Gianniti, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in F. Bassanini, G. Tiberi (Eds), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, 171 ss. Di recente, si v., altresì, P. de Luca, *Parlamenti nazionali e processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, 2019.

⁷ M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, cit., 505.

alcuni processi decisionali⁸. In particolare, in relazione a tale ultimo profilo, si fa riferimento ad una pluralità eterogenea di funzioni fra le quali si possono annoverare: a) le forme di partecipazione attiva alla *governance* europea, come esplicantesi attraverso i canali informativi del dialogo politico; b) le modalità di esercizio del controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà; c) i canali della cooperazione interparlamentare⁹.

2.1 Le funzioni di ‘controllo’

2.1.1. Con riferimento all'azione di controllo che i parlamenti nazionali possono esercitare sui rispettivi governi in sede di formazione della posizione nazionale da esprimere in seno ai lavori del Consiglio si ricorda che, a livello di diritto europeo primario, la base giuridica di riferimento è l'art. 10.2 TUE, mentre si deve ricercarne il fondamento nei vari diritti nazionali, a partire dai testi costituzionali.

Come è noto, sono le delegazioni dei governi a partecipare ai lavori del Consiglio in sede europea e non i parlamenti. Tuttavia, negli anni il diritto europeo ha via via valorizzato la dimensione parlamentare grazie soprattutto all'implementazione del flusso delle informazioni di cui i parlamenti nazionali sono destinatari, superando progressivamente l'intermediazione dei governi nazionali¹⁰.

Si sono infatti previsti obblighi informativi dettagliati a carico di varie istituzioni europee¹¹, il cui adempimento consente ai parlamenti nazionali, almeno a quelli più strutturati ed attivi, di poter intervenire a livello nazionale al fine di influenzare la posizione dei rispettivi governi in sede di lavori del Consiglio. In tal senso vanno lette anche le disposizioni del *Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali* - allegato al Trattato di Amsterdam e successivamente annesso (con modifiche) al Trattato di Lisbona – che, per dar modo ai parlamenti nazionali di interfacciarsi con i propri governi, introducono degli scaglioni temporali prima dei quali un determinato progetto non può essere votato. Il rispetto di tale passaggio procedurale rappresenta una vera e propria condizione di validità per gli atti che sono approvati¹².

⁸ *Ibid.*, p. 509, ma anche S. Weatherill, *Using National Parliaments to Improve Scrutiny of the Limits of EU Action*, in *European Law Review*, 6, 2003, 909 ss.

⁹ Sulla cooperazione interparlamentare si v. di recente, *ex multis*, N. Lupo, C. Fasone (Eds), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, cit., ma anche D. Fromage, *Increasing Inter-Parliamentary Cooperation in the European Union: Current Trends and Challenges*, in *European Public Law*, 4, 2016, 749 ss.; L. Frosina, *Il contributo dei Parlamenti nazionali al buon funzionamento dell'Unione Europea. A proposito di conferenze interparlamentari ed early warning system*, in *Nomos*, 2, 2016, 1 ss.

¹⁰ *Ex multis*, M. Cartabia, *I parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione europea. Cosa resta in caso di mancata ratifica?*, in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200510/cartabia.html>; ma si v. anche M. Olivetti, *ult. op. cit.*, 512 e, più di recente, V. Lippolis, *Gli effetti del processo di integrazione sul Parlamento*, cit., pp. 13 ss.

¹¹ Della Commissione, del Consiglio e della Corte dei conti. *Ex multis*, M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, cit., p. 512; A. Fraga, *After the Convention: The future role of National Parliaments in the European Union (and the day after ... nothing will happen)*, in *Journal of Legislative studies*, 11, 2005, 490 ss.

¹² R. Passos, *Recent Developments Concerning the Role of National Parliaments in the European Union*, in *ERA forum*, 9, 2008, 25 ss., spec. 36. nonché M. Olivetti [*ult. op. cit.*, 513], secondo

La presenza di un canale informativo diretto fra i parlamenti nazionali e le istituzioni europee, tuttavia, non fa venir meno i canali informativi attivati dai governi nazionali, spesso declinati dalle normative statali in termini di obblighi e che si rivolgono anche in favore degli enti territoriali dei vari Stati (peraltro coinvolti nei processi decisionali europei anche per il tramite del Comitato delle Regioni)¹³. L'intervento governativo è utile sia perché consente una selezione fra l'ingente mole di dati di cui i parlamenti nazionali sono destinatari, sia perché è prodromico alla determinazione della posizione che gli esecutivi intendono assumere in relazione a progetti normativi europei. Negli Stati composti, inoltre, se un progetto normativo europeo investe la competenza legislativa degli enti territoriali, sono previste procedure più o meno stringenti per il loro coinvolgimento, disciplinate dai vari diritti nazionali e finalizzate al raggiungimento di accordi o intese che possono assumere varie forme giuridiche¹⁴.

cui il mancato rispetto dell'*iter* procedurale di cui sopra «aprirebbe la strada al rischio che non solo lo stato membro, ma ogni persona, sia 'abilitata ad invocare l'inapplicabilità dell'atto dell'unione di fronte alla Corte di Giustizia mediante procedura di rinvio pregiudiziale'». Si v., altresì, C. Fasone, N. Lupo, *Interparliamentary Cooperation in the Framework of a Euro-national Parliamentary System*, in N. Lupo, C. Fasone (Eds), *Interparliamentary Cooperation...* cit., 345 ss.

¹³ Per quel che concerne l'Italia, tali obblighi informativi sono oggi codificati agli artt. 4, 5, 6 e 7 della legge n. 234 del 2012, recante *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*. Per un commento a tale normativa ed ai suoi profili applicativi si v., *ex multis*, L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi (Eds), *Commentario alla Legge 21.12.2012 n. 234 "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"*, Napoli, 2015; R. Adam, D. Capuano, A. Esposito, A. Ciaffi, C. Odone, M. Ricciardelli, *L'attuazione della legge n. 234 del 24 dicembre 2012. Norme, prassi, risultati, dal livello statale a quello regionale*, in *Istituzioni del federalismo*, numero speciale 2015, 9 ss.; A. Esposito, *La Legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea. Parte I – Prime riflessioni sul ruolo delle Camere*, in *Federalismi.it*, 2, 2013, 1 ss.; C. Favilli, *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2013, 701 ss.; P. Caretti, *La legge n. 234/2012 che disciplina la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, in *Le Regioni*, 5-6, 2012, 837 ss.

¹⁴ In Italia lo strumento prescelto dalla legislazione è quello dell'intesa, da raggiungersi grazie alla mediazione della Conferenza Stato-Regioni.

Per una panoramica del contesto comparato si v. A. Zei, *Dritto e rovescio nella trama della multilevel governance federale ed europea: sulla marginalità delle assemblee legislative in Germania, Austria e nel Belgio*, in Lanchester (Eds), *Parlamenti nazionali e Unione Europea ...*, cit, 573 ss.; nonché Id., *Sulle limitate potenzialità democratiche della regionalizzazione europea: l'esperienza delle assemblee dei Länder austriaci e tedeschi nella formazione del diritto europeo*, in F. Lanchester (Eds), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, Milano, 2016, 163 ss.; P. Bilancia (Eds), *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, cit., 1 ss.; L. Frosina, *Le Assemblee legislative regionali nell'early warning system e i problemi della cooperazione interparlamentare*, in F. Lanchester (Eds), *ult. op. cit*, 101 ss.

Più in generale, sulla criticità della emarginazione degli enti territoriali, *ex multis*: F. Balaguer Callejón, *I Parlamenti sub-statali e la costruzione di una democrazia pluralistica a livello europeo*, in F. Lanchester (Eds), *ult. op. cit*, 11 ss.; M. Morelli, *La democrazia partecipativa nella Governance dell'Unione Europea*, Milano, 2011.

Normalmente il loro coinvolgimento viene inserito nelle procedure di controllo parlamentare, secondo dinamiche che si differenziano molto da Stato a Stato¹⁵.

2.1.2. In concreto, i parlamenti nazionali esercitano funzioni di controllo inerenti la fase ascendente dei processi di produzione normativa europei per il tramite di commissioni parlamentari (che, a seconda dei casi, possono essere monocamerali o bicamerali) deputate a svolgere tali compiti ai sensi delle varie normative nazionali (siano esse codificate nei testi costituzionali, nelle leggi ordinarie o nei regolamenti delle assemblee legislative¹⁶). Ogni ordinamento, quindi, ha istituzionalizzato i canali di partecipazione dei parlamenti nazionali nelle procedure che portano alla definizione della posizione nazionale espressa dai governi in seno al Consiglio (c.d. *general scrutiny*); canali le cui traiettorie e il cui impatto a livello ordinamentale vanno letti ed inquadrati «alla luce dei rapporti di potere nella forma di governo in ciascun ordinamento statale», apparendo, pertanto, più incisivi «laddove esista un rapporto fiduciario tra assemblea ed esecutivo (e dunque nelle forme di governo parlamentari), anche se con diverse graduazioni, consentendo in ultima analisi alle camere nazionali di accrescere la propria influenza nel processo decisionale europeo»¹⁷.

Tuttavia, volendo adottare una classificazione, i poteri parlamentari si declinano variamente rispondendo a due macro modelli che la COSAC¹⁸ ha definito «*système procédurier*» e «*système documentaire*»¹⁹. Nel primo caso, sarebbe possibile, influenzare i governi in sede di espressione della posizione nazionale in seno al Consiglio secondo traiettorie differenziate, che possono finanche giungere all'espressione di un vero e proprio mandato. Il *système documentaire*, invece, presenta una vocazione prettamente informativa, assumendo un ruolo centrale lo studio di proposte legislative e di altri documenti delle istituzioni dell'UE senza

¹⁵ Emblematico, a tal proposito, è il caso del Belgio, laddove anche le assemblee legislative di Comunità e Regioni possono essere considerate parlamenti nazionali ai fini del diritto europeo. Per approfondimenti si v. A. Zei, *Dritto e rovescio nella trama della multilevel governance federale ed europea*, cit., 573 ss.; A. Simonato, *Il rapporto tra entità federate belghe ed ordinamento euro-unitario alla luce delle tensioni tra rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri ed esigenze del mercato comune*, in *Federalismi.it*, 12, 2012, 1 ss.; P. Piciacchia, *Il Belgio e l'integrazione europea. Aspetti della partecipazione del parlamento federale all'elaborazione e all'attuazione del diritto comunitario*, in *Nomos*, 1-2, 2006, pp. 47 ss.; A. Sepos, *Eu-Policy Making in Federal States: The Case of Belgium*, in *Regional and Federal Studies*, 13(2), 2003, 57 ss.

¹⁶ Per una casistica: M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, cit., 520. Con riferimento agli stati composti, se in Italia vi è una normativa di carattere generale, la legge 234 del 2012, in altri ordinamenti composti il quadro è estremamente variegato ed espresso in una pluralità di documenti normativi che intersecano il piano costituzionale con quello di rango primario e quello di Accordi variamente configurabili. Ciascun ente territoriale, poi, ha disciplinato la materia nei propri Statuti o Costituzioni, in leggi o regolamenti o ha stipulato accordi di implementazione attuazione della normativa nazionale.

¹⁷ P. Bilancia, *Il crescente coinvolgimento dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, cit., 5-6. Si v. altresì N. Lupo, *I Parlamenti nazionali nell'Unione europea e il principio di sussidiarietà: qualche suggestione per la Camera dei deputati*, in *Amministrazione in cammino*, 29.05.2014, 1 ss.

¹⁸ Conferenza degli organi parlamentari specializzati negli affari dell'Unione dei parlamenti dell'Unione europea: www.cosac.eu.

¹⁹ «*Huitième rapport bisannuel: Évolution des procédures et pratiques de l'Union européenne relatives au contrôle parlementaire*» della COSAC, in www.cosac.eu, 2007, spec. 7 ss.

che si incida sui contenuti dei dibattiti del Consiglio, né si condizioni (*rectius*, deleghi) l'azione degli esecutivi nazionali. Nel complesso, comunque, nella maggior parte degli ordinamenti europei si riscontrano modelli ibridi, che innestano aspetti di entrambi. Solo in alcuni casi limitati di «*système procédurier*», il potere di *general scrutiny* parlamentare consente l'esercizio di un vero e proprio potere di mandato nei confronti del governo²⁰. In alcune ipotesi, peraltro, le direttive parlamentari sono impegnative, ma non vincolanti²¹ oppure sono vincolanti, ma con la possibile specificazione delle condizioni in presenza delle quali ai governi è consentito discostarsi dal mandato ricevuto²².

La dottrina, inoltre, fa riferimento ad un modello che è stato definito di “*comply or explain*”, ai sensi del quale i governi assicurano che la posizione che esprimono in sede europea sia coerente con le posizioni espresse dai rispettivi parlamenti e qualora non vi si attengano sono tenuti a riferire ai competenti organi parlamentari esplicitando le ragioni della diversa posizione assunta²³.

Con riferimento all'Italia, la legge n. 234 del 2012 (artt. 5, 6 e 7) stabilisce che, qualora il Governo non si conformi agli atti di indirizzo espressi dal Parlamento, debba tempestivamente informare i competenti organi parlamentari fornendo adeguate motivazioni sulla posizione assunta in sede europea²⁴. Il nostro

²⁰ Si possono menzionare, seppur con varie sfumature applicative, i casi di Danimarca, Estonia, Finlandia, Lettonia, Lituania, Romania, Slovacchia, Slovenia o Svezia. Sul punto, di recente, si v. l'«*Annex to the 27th Bi-annual Report of COSAC*» del 2017, nonché l'«*Huitième rapport bisannuel...*», cit., entrambi in www.cosac.eu.

²¹ Come in Lituania.

²² Come in Estonia.

²³ Come in Italia o Portogallo. Per una panoramica delle esperienze comparate si v., di recente, C. Heffler et al, *Palgrave Handbook of National Parliaments*, cit., spec. 153 ss.; nonché P. Bilancia (Ed) *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, cit., 1 ss.

²⁴ Si v. gli artt. 5, 6 e 7 della l. 234/2012. Per un commento a tali disposizioni si v. F. Ferri, *Art. 5. Consultazione delle Camere su accordi in materia finanziaria o monetaria*, 28 ss.; V. Paganizza, *Art. 6. Partecipazione del Parlamento al processo di formazione degli atti dell'unione europea*, 50 ss.; V. Paganizza, *Art. 7. Atti di indirizzo delle Camere*, 70 ss. Tali contributi sono tutti presenti in L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi (Eds), *Commentario alla Legge 21.12.2012 n. 234 “Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.”*, cit. Si v., altresì, A. Esposito, *La Legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, cit., 1 ss.; G. Rivosecchi, *La partecipazione dell'Italia alla formazione e attuazione della normativa europea. Il ruolo del Parlamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2013, 463 ss., spec. 469; C. Favilli, *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2013, 701 ss.; P. Caretti, *La legge n. 234/2012 che disciplina la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, cit., 837 ss.; L. Bartolucci, C. Fasone, *Le procedure di raccordo con l'unione europea: un bilancio in attivo, ma con qualche occasione persa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2014, 1 ss., spec. 7 ss.; F. Scuto, *L'evoluzione del rapporto Parlamento-Governo nella formazione e nell'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 1, 2015, 1 ss. Di recente si v. anche il dossier del Servizio Studi del Senato: “*La partecipazione del Senato al Processo decisionale europeo*”, n. 4, giugno 2018, in www.senato.it. Peraltro, sebbene la legge 234 non ne faccia espressa menzione, per comprendere come il Parlamento operi in concreto è imprescindibile considerare le disposizioni del Regolamento di Camera e Senato (artt. da 125 a 127-ter Reg. Camera e artt. da 142 a 144-quater Reg. Senato).

Parlamento, infatti, può intervenire nella fase ascendente dei processi europei di produzione normativa elaborando atti di indirizzo da trasmettere al Governo in vista della definizione della posizione che questi dovrà formalmente assumere in seno ai lavori del Consiglio dell'Unione europea²⁵. A seconda che vengano in rilievo o meno accordi in materia finanziaria o monetaria il Governo sarà tenuto ad assicurare che la posizione rappresentata dall'Italia nella fase di negoziazione degli accordi in tale ambito “tenga conto degli atti di indirizzo” espressi dal Parlamento (art. 5, l. 234/2012), oppure debba semplicemente assicurare che la posizione rappresentata dall'Italia in sede di Consiglio dell'Unione europea “sia coerente con gli indirizzi definiti dalle Camere in relazione all'oggetto di tale posizione” (art. 7, l. 234/2012)²⁶.

Istituto significativo è, poi, quello della “riserva di esame parlamentare”: configurato già nella l. 11/2005 allo scopo di rafforzare i poteri parlamentari di indirizzo nei confronti del Governo. Oggi la riserva di esame parlamentare trova disciplina nell'art. 10 della l. 234/2012 e può conformarsi come obbligatoria o facoltativa. Nel primo caso, le Camere, qualora abbiano iniziato l'esame di progetti normativi o atti di cui all'articolo 6, co.1, possono apporvi apposita “riserva di esame”, vincolando, così il Governo a “procedere alle attività di propria competenza per la formazione dei relativi atti dell'Unione europea soltanto a conclusione di tale esame” o comunque decorsi trenta giorni dalla comunicazione della riserva, eventualmente anche “in mancanza della pronuncia parlamentare” (co.3). Nella seconda ipotesi, invece, è il Governo stesso che, in presenza di progetti normativi europei di particolare importanza politica, economica e sociale, può decidere di “apporre, in sede di Consiglio dell'Unione europea, una riserva di esame parlamentare sul testo o su una o più parti di esso”, sollecitando i competenti organi parlamentari ad esprimersi e potendo successivamente procedere anche in caso di mancata pronuncia parlamentare solo dopo che siano decorsi 30 giorni dalla comunicazione dell'apposizione della riserva²⁷. L'efficacia dello strumento *de quo* e la sua attitudine a dar vita ad un circuito dialogico dipendono, in larga misura, dall'effettivo intervento di una determinazione parlamentare e dalla capacità del Parlamento di esprimere posizioni che in qualche misura possano anche rappresentare le istanze che esulano dal circuito maggioranza parlamentare-indirizzo governativo²⁸.

²⁵ Le previsioni della legge n. 234/2012 esprimono una rielaborazione/integrazione della disciplina di cui alla l. n. 11/2015.

²⁶ Invero la differenza semantica di cui alla lettera della legge 234 non è molto chiara.

²⁷ Per un commento dell'istituto, si v. L. Bartolucci, C. Fasone, *Le procedure di raccordo con l'Unione Europea*, cit., spec. 11-13; S. Righi, *Art. 10, Riserva di esame parlamentare*, in L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi (Eds), *Commentario alla Legge 21.12.2012 n. 234 ...*, cit., 116 ss. C. Favilli, *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione europea*, cit., 701 ss.

²⁸ Per un'analisi dell'evoluzione dei rapporti fra Parlamento italiano e governo nei processi europei di produzione normativa si v. F. Scuto, *L'evoluzione del rapporto Parlamento-governo nella formazione e nell'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, cit., 1 ss., spec. par. 2-5.

2.1.3. Si ricorda, inoltre, che a partire dal Trattato di Maastricht anche le entità sub-statali (siano esse regioni o stati federati) hanno potuto partecipare ai processi europei di produzione normativa: sia facendo parte delle delegazioni nazionali presso il Consiglio, sia contribuendo ai lavori del Comitato delle regioni, sia intervenendo in sede nazionale, interfacciandosi e dialogando con i rispettivi parlamenti nazionali.

A tal proposito, si può in certa misura prescindere dal diversificare gli ordinamenti federali, come Germania, Belgio o Austria, da quegli ordinamenti in cui sono presenti regioni titolari di competenze legislative proprie (come l'Italia o la Spagna). In entrambi i casi, infatti, agli enti territoriali sono riconosciuti articolati margini di autonomia che si estrinsecano nella possibilità (ancorché secondo dinamiche differenziate) di partecipazione sia ai lavori del Consiglio, sia ai lavori del Comitato delle regioni.

La partecipazione degli enti sub-statali ai lavori del Consiglio ha seguito direttrici fortemente disomogenee fra gli stati membri, rimanendo nel loro potere discrezionale la scelta ultima in merito al coinvolgimento dei rappresentanti delle entità sub-statali caratterizzate da autonoma potestà legislativa. E questi, ove coinvolti, sono comunque tenuti ad esprimere determinazioni vincolanti l'intero Stato, e non specificatamente l'ente territoriale di appartenenza²⁹.

²⁹ Inizialmente, grazie alle pressioni effettuate durante i negoziati che precedettero il Trattato di Maastricht, solo a Germania, Belgio ed Austria fu consentito, secondo modelli diversificati, la partecipazione dei rappresentanti dei propri enti territoriali. Accanto ad essi, la medesima possibilità era riconosciuta ad un unico Stato non federale, il Regno Unito. Tali Paesi erano potenzialmente in grado di valorizzare, quantomeno entro certi limiti, anche le istanze ed esigenze dei propri enti territoriali, facendole riconfluire nella posizione unitaria espressa in seno al Consiglio.

In relazione all'esperienza tedesca, si segnala che già con la Legge di adesione all'atto Unico Europeo del 1986, del 19 dicembre 1986, BGBl. II, p. 1002, fu consentito al Bundesrat, nelle materie di competenza esclusiva dei Länder, di assumere una posizione vincolante per il Governo federale, salvo il caso di «irrinunciabili motivi di politica estera e di integrazione», sul punto diffusamente D. Schefold, *L'Europa delle autonomie: le regioni e l'Unione europea, l'esperienza tedesca*, in A. D'Atena (Ed), *L'Europa delle autonomie. Le Regioni e l'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2003, 95 ss., spec. 99. In relazione all'esperienza belga si veda *l'Accord de coopération relatif à la représentation du Royaume de Belgique au sein du Conseil des Ministres de l'Union européenne* dell'8 marzo 1994, stipulato fra il Governo federale belga ed i governi delle Comunità e delle Regioni sulla rappresentazione del Regno del Belgio in seno al Consiglio dei ministri dell'Unione europea. Per maggiori approfondimenti sull'esperienza belga si vedano Y. Lejeune (Eds), *La participation de la Belgique à la élaboration et à la mise en oeuvre du droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 1999; L. Van Loy, *The Flemish Parliament: A Regional Parliament in Belgium, a Chamber of the National Parliament in Europe*, in F. Lanchester (Ed), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, cit., 79 ss. Con riferimento al Regno unito, si consideri il *Concordat on Coordination of European Union Policy Issues* del 1999.

Per quel che concerne Spagna e Italia, solo in tempi relativamente recenti i rappresentanti delle Comunità Autonome spagnole e delle Regioni e Province autonome italiane hanno potuto accedere alle riunioni del Consiglio. In via generale, infatti, sono solo i membri del governo nazionale che possono rappresentare la Spagna o l'Italia al Consiglio, tuttavia, a livello interno, sono stati adottati alcuni meccanismi di tipo "compensativo", atti a garantire, nella formazione della posizione ufficiale dello Stato, una rappresentanza anche delle istanze regionali. In Spagna, sebbene non fossero mancati alcuni precedenti²⁸, ciò è stato formalmente possibile a partire dal 2005 e fondamentale, a tal proposito, è stata l'approvazione, in seno alla

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona se ha determinato una maggior (ancorché indiretta) valorizzazione delle istanze regionali, rafforzando il ruolo del Comitato delle regioni e consentendo ai parlamenti nazionali di contribuire ai processi decisionali europei, tuttavia non ha sostanzialmente mutato la situazione in relazione alla partecipazione degli enti sub-statali ai lavori del Consiglio. Non è stato esplicitato alcun diritto (e men che meno dovere) degli Stati di farsi rappresentare da esponenti degli enti territoriali dotati di autonomia legislativa. L'art. 16 del TUE (che sostanzialmente ripropone i contenuti dell'art. 203 del TCE) si limita a prevedere che il Consiglio si compone di «un rappresentante di ciascuno Stato membro a livello ministeriale, abilitato a impegnare il governo dello Stato membro che rappresenta e ad esercitare il diritto di voto». Ne consegue l'assoluta centralità delle determinazioni nazionali, che paiono alquanto differenziate a seconda del contesto ordinamentale. Vari sono i livelli di autonomia riconosciuta agli enti sub-statali e, conseguentemente, estremamente articolata e disomogenea è l'attitudine di questi ultimi a sviluppare forme di concertazione e cooperazione tanto orizzontale, quanto verticale; diversificata è, altresì, l'influenza degli organi centrali di rappresentanza regionale. Il contributo degli enti territoriali sub-statali dotati di autonoma potestà legislativa è più incisivo in quegli ordinamenti che, tradizionalmente, hanno riconosciuto maggiori margini di autonomia agli enti territoriali (come la Germania, l'Austria, il Belgio e, seppur in misura diversa, il Regno Unito), mentre appare nettamente più sfumato negli ordinamenti c.d. regionali, sebbene, almeno in alcuni di essi (come la Spagna o l'Italia) i canali di interlocuzione e intervento degli enti territoriali sia stato

Conferencia de Asuntos Relacionados con la Unión Europea (Organo di cooperazione multilaterale fra lo Stato e le Comunità Autonome, il cui riconoscimento normativo in relazione al suo status e alle sue funzioni si deve alla Legge n. 2 del 1997) di due distinti accordi, datati 9 dicembre 2004. Il primo di questi (*Acuerdo sobre el sistema de representación autonómica en las formaciones del Consejo de la Unión Europea*), è relativo alla partecipazione dei rappresentanti delle Comunità Autonome nelle formazioni del Consiglio dell'Unione europea; il secondo (*Acuerdo sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea y sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea*), riguarda la partecipazione delle Comunità Autonome alla Rappresentanza permanente spagnola presso l'Unione e ai gruppi di lavoro del Consiglio Europeo (per maggiori approfondimenti di carattere istituzionale si veda http://www.seat.mpr.gob.es/portal/areas/politica_autonomica/participacion-ccaa-eu/ccaa_y_ue/CARUE.html 32 Atto n. 2537/CSR del 16 marzo 2006). Per l'analisi del versante nazionale, si v. *infra*.

Su questi profili diffusamente, C. Drigo, *Multilevel Governance dell'Unione europea: autonomie territoriali e processi europei di produzione normativa*, in *Federalismi.it*, 15, 2018, 1 ss.; C. Favilli, *La partecipazione delle regioni italiane alla formazione delle norme dell'Unione europea secondo la L. 234/2012*, in F. Raspadori (Ed), *Le Regioni strumento di governance democratica: una sfida europea*, Maggioli Santarcangelo di Romagna, 2016. Per una analisi della dimensione regionale nel contesto europeo dopo l'approvazione del Trattato di Maastricht, si vedano inoltre, *ex multis*, L. Hooge, G. Marks, *Multi-level Governance and European Integration*, Lanham, MD, 2001, 83 ss. G.V. Arribas, A.L. Högenauer, *Legislative Regions after Lisbon: A New Role for Regional Assemblies?* in Heffler, et al, *Palgrave Handbook of National Parliaments*, cit., 133 ss.; C. Panara, *The Sub-national Dimension of the Eu: A Legal Study of Multilevel Governance*, Germany, 2018; M. Olivetti, *The Regions in the EU decision making processes*, in M. Cartabia, N. Lupo, A. Simoncini (Eds), *Democracy and subsidiarity in the EU*, Bologna, 2013, 319 ss.; F. Eggermont, *In the Name of Democracy: The External Representation of the Regions in the Council*, in C. Panara, A. De Becker (Eds), *The Role of Regions in EU Governance*, Heidelberg, 2011, 3 ss.

significativamente implementato soprattutto negli ultimi tredici anni. Resta, invece, marginale, in ordinamenti quali quello portoghese o finlandese³⁰.

Nello specifico, per quel che concerne l'Italia, la partecipazione regionale ai lavori del Consiglio si deve alla legge n. 131 del 2003, e all' *Accordo generale di cooperazione tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano per la partecipazione delle Regioni e delle Province autonome alla formazione degli atti comunitari*³¹, accordo sottoscritto in sede Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano il 16 marzo 2006. È, quindi, possibile che la delegazione nazionale che partecipa ai lavori del Consiglio si componga anche di due Presidenti di Giunta regionale (o loro delegati), rispettivamente chiamati a rappresentare le regioni ad autonomia ordinaria e le regioni ad autonomia speciale.

In via generale, il capo delegazione deve essere un membro del governo statale, tuttavia, l'accordo succitato prevede che, nelle materie di cui al 4° comma dell'art. 117 Cost., il capo delegazione possa anche essere un Presidente di Giunta regionale o di provincia autonoma (o un loro delegato), qualora ne facciano espressa istanza le regioni o le province autonome e intervenga una specifica intesa con il Governo, da raggiungersi in seno alla Conferenza Stato-Regioni.

La legge n. 234 del 2012, inoltre, prevede che il Governo abbia precisi obblighi nei confronti delle regioni, dovendole informare «tempestivamente [...] per il tramite della Conferenza delle regioni e delle province autonome» sulle proposte e sulle materie di loro competenza «che risultano inserite all'ordine del giorno delle riunioni del Consiglio dell'Unione europea», e dovendo, altresì, ove gli venga richiesto, illustrare alla Conferenza riunita in sessione europea la posizione che intende assumere. Al governo, inoltre, corre l'obbligo di riferire alle regioni e alle province autonome, per il tramite della Conferenza, le risultanze delle riunioni del Consiglio³².

Le regioni, per parte loro, hanno approvato disposizioni statutarie e leggi regionali specifiche inerenti la loro partecipazione ai processi europei di produzione normativa³³. Ne è scaturito un quadro in cui il combinato disposto fra le disposizioni costituzionali, la legislazione nazionale e le norme statutarie regionali «sembrano offrire elementi utili a poter immaginare una "logica

³⁰ Sul punto diffusamente C. Drigo, *Multilevel Governance dell'Unione europea*, cit., spec. 8 ss.

³¹ Atto n. 2537/CSR del 16 marzo 2006.

³² Art. 24. Per un commento: L. Bastoni, *Art. 24. Partecipazione delle regioni e delle province autonome alle decisioni relative alla formazione degli atti normativi dell'Unione europea*, in L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi (Eds), *Commentario alla Legge 24.12.2012, n. 234* ..., cit., 231 ss.; nonché A. Esposito, *La legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, cit., 1 ss.; R. Adam, D. Capuano, A. Esposito, A. Ciaffi, C. Odone, M. Ricciardelli, *L'attuazione della legge n. 234 del 24 dicembre 2012. Norme, prassi, risultati, dal livello statale a quello regionale*, cit., 9 ss.; C. Favilli, *La partecipazione delle regioni italiane alla formazione delle norme dell'Unione europea secondo la L. 234/2012*, cit.

³³ Per una panoramica, tra gli altri si v. B. Sardella, *La "dimensione comunitaria" dei nuovi Statuti regionali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/4, 2007, 431 ss.

incrementale” della Carta costituzionale tale per cui, avendo riguardo al coinvolgimento degli enti sub statali nel processo decisionale europeo, i nuovi Statuti regionali rappresenterebbero un’integrazione in chiave evolutiva del Testo fondamentale nell’ottica di un sistema plurilivello»³⁴.

Inoltre, su richiesta della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, nel caso in cui un progetto di atto normativo europeo investa una materia di competenza regionale, è possibile che il Governo apponga una riserva di esame in sede di Consiglio dell’Unione europea. La Conferenza dispone di 30 giorni di tempo³⁵ per pronunciarsi, decorsi i quali il Governo può comunque procedere. Si ricorda, infine, che ai sensi dell’art. 22 della legge 234/2012, la sessione europea della Conferenza permanente Stato-regioni e province autonome è individuata quale sede privilegiata per la «trattazione degli aspetti delle politiche dell’Unione europea di interesse regionale e provinciale, al fine di raccordare le linee della politica nazionale, relativa all’elaborazione degli atti dell’Unione europea, con le esigenze rappresentate dalle regioni e dalle province autonome, nelle materie di competenza di queste ultime» (comma 1)³⁶.

3. (segue): ulteriori forme di coinvolgimento dei parlamenti nazionali a livello europeo

Con riferimento all’insieme delle previsioni che consentono ai parlamenti nazionali di partecipare a vario titolo, sebbene non in termini di vera e propria “codecisione”, ad alcuni processi decisionali europei, in aggiunta alle funzioni di controllo che esprimono in relazione ai rispettivi governi³⁷ la base giuridica di riferimento è l’art. 12 TUE sebbene, come è noto, tale disposizione non esaurisca il catalogo dei poteri attribuiti ai parlamenti nazionali³⁸.

³⁴ F. Paterniti, *La partecipazione delle Regioni alla formazione delle norme e alle procedure dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea nel guado tra la riforma legislativa del 2012 e la auspicabile revisione dell’architettura istituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 8, 2015, 1 ss., 3. Sul punto si v. anche L. Ferraro, *Gli statuti regionali e l’Europa*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2007, 85 ss.

³⁵ Che decorrono dal momento in cui alla Conferenza è comunicata l’apposizione della riserva.

³⁶ In particolare, la Conferenza è competente ad esprimere pareri a) sugli indirizzi generali relativi all’elaborazione e all’attuazione degli atti dell’Unione europea che riguardano le competenze delle regioni e delle province autonome; b) sui criteri e sulle modalità per conformare l’esercizio delle funzioni delle regioni e delle province autonome all’osservanza e all’adempimento degli obblighi di cui all’articolo 1; c) sugli schemi dei disegni di legge di cui all’articolo 29 della medesima legge 234, sulla base di quanto previsto dall’articolo 5, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni. Il Presidente del Consiglio dei Ministri deve convocare la Conferenza almeno ogni quattro mesi (art. 22, co. 1) e, per la trattazione degli aspetti delle politiche dell’Unione europea di interesse degli enti locali, la Conferenza Stato-città ed autonomie locali almeno due volte all’anno (art. 23).

³⁷ M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell’Unione europea*, cit., 509; S. Weatherill, *Using National Parliaments to Improve scrutiny of the Limits of EU Action*, cit., 909 ss.

³⁸ Si possono menzionare anche quei poteri attribuiti ai parlamenti nazionali da altre disposizioni dei Trattati (v. artt. 48.7 e 49 TUE; 71 e 81.3 TFUE), nonché quelli indicati nei Protocolli addizionali (su cui *infra*, nota successiva) e specificati in alcune disposizioni di diritto

Alcune significative previsioni sono contenute nel *Protocollo n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea*³⁹ e nel *Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*⁴⁰ che, complessivamente, confermano «l'inserimento formale dei parlamenti nella trama istituzionale dell'Unione Europea» agevolando, «sia pure con una limitata efficacia dei loro interventi», l'interlocuzione diretta con le istituzioni dell'Unione⁴¹.

In concreto, i canali di partecipazione attiva ai processi europei di produzione normativa si articolano in una molteplicità di strumenti, che si differenziano per incisività e per il ruolo effettivamente svolto dai parlamenti nazionali.

3.1 Il c.d. dialogo politico

È innanzitutto possibile che i parlamenti nazionali siano parte del c.d. “dialogo politico”, definito «lo snodo, e al tempo stesso, la sintesi di tutti i meccanismi di partecipazione dei parlamenti nazionali alla fase ascendente e più in generale alle politiche dell'Unione europea, quasi la cartina di tornasole dell'efficacia stessa di questi meccanismi»⁴².

Strumento originariamente configurato in via di prassi su iniziativa della Commissione sin dal 2006⁴³ allo scopo di incrementare la dimensione democratica dell'Unione implementando la partecipazione delle istituzioni nazionali al *decision making process* europeo, il dialogo politico favorisce la circolazione di informazioni e pareri inerenti a una pluralità di aspetti politici o all'iniziativa di atti normativi e non normativi, coinvolgendo prevalentemente i parlamenti nazionali e la Commissione.

In Italia la disciplina di riferimento è rappresentata dall'art. 9 della l. 234/2012, disposizione ai sensi della quale le camere possono interagire direttamente con le istituzioni europee facendo pervenire loro (e contestualmente anche al Governo) “ogni strumento utile alla definizione delle politiche europee”⁴⁴.

europeo derivato (come i Regolamenti 1175/2012 e 473/2013) o nel Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (spec. art. 30.5) o nel c.d. *Fiscal Compact* (art. 13). Per una panoramica, di recente, *ex multis*, N. Lupo, *I poteri “europei” dei parlamenti nazionali*, cit., 1713 ss.; P. Piciacchia, *Un fenomeno in crescente espansione: il dialogo politico dei Parlamenti nazionali nell'UE*, in *Nomos*, 1, 2016, 1 ss.; Olivetti, *ult. op. cit.* spec. 509 ss.; A. Groen, T. Christiansen, *National Parliaments in the European Union...*, cit., 43 ss.

³⁹ Sul punto, di recente K. Granat, *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, UK, 2018.

⁴⁰ Si v., *ex multis*, R. Schütze, *Subsidiarity after Lisbon: Reinforcing the safeguards of Federalism?*, in *Cambridge Law Journal*, 3, 2009, 525 ss.

⁴¹ V. Lippolis, *Gli effetti del processo di integrazione sul Parlamento*, cit., 13 ss.

⁴² P. Piciacchia, *Un fenomeno in crescente espansione*, cit., 1 ss.

⁴³ Su iniziativa dell'allora Presidente della Commissione J.M. Barroso. Si v., in particolare, la Comunicazione COM(2006)211. Per una ricostruzione si v., D. Jančić, *The Barroso Initiative: Window Dressing or Democracy Boost?*, in *Utrecht Law Review*, 1, 2012, 78 ss.

⁴⁴ Per un commento si v. S. Righi, *Art. 9. Partecipazione delle Camere al dialogo politico con le istituzioni dell'Unione europea* in L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi (Eds), *Commentario alla Legge 24.12.2012 n. 234 ...*, cit., 108 ss.; A. Esposito, *La legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*,

L'art. citato rappresenta una peculiarità nel panorama europeo poiché non trova una copertura giuridica espressa nei Trattati e in dottrina si è sostenuta finanche l'inopportunità di normare un istituto che meglio avrebbe potuto auto-configurarsi in via di prassi⁴⁵.

Peraltro, in questo processo sono coinvolte anche le assemblee legislative degli enti territoriali sub-statali, le cui osservazioni e proposte devono essere tenute in considerazione dai parlamenti nazionali, seppur con modalità ed impatti diversificati a seconda dei contesti ordinamentali. Il dialogo politico presenta alcune potenzialità molto significative per gli enti territoriali in quanto li dota di uno strumento partecipativo flessibile ed elastico potenzialmente idoneo a valorizzare le sinergie collaborative fra centro e periferia⁴⁶.

Come riscontrato dalla COSAC⁴⁷, viene incluso fra le modalità di estrinsecazione del dialogo politico anche un nuovo istituto che si è affermato in via di prassi, la c.d. *green card*, che si sostanzia nella possibilità che un certo numero di parlamenti nazionali, per il tramite dei rispettivi organi interni, competenti ai sensi delle normative nazionali, suggerisca alla Commissione europea la possibilità o l'opportunità di intraprendere determinate iniziative, anche in campo normativo⁴⁸.

3.2 La partecipazione al c.d. controllo sulla sussidiarietà

3.2.1 Il complesso quadro normativo delineato sia dal Trattato di Lisbona, sia dalle normative nazionali, mostra profili di interesse anche per quel che concerne la valorizzazione dei parlamenti nazionali in relazione al ruolo svolto nell'articolato sistema del controllo preventivo del rispetto del principio di sussidiarietà, nei progetti degli atti normativi europei (c.d. *early warning system* - *EWS*). Come è noto, l'*EWS* è un sistema che, almeno formalmente, ha rappresentato una delle innovazioni più significative nel panorama europeo⁴⁹. Si tratta di uno strumento

cit., 1 ss.; G. Rivosecchi, *La partecipazione dell'Italia alla formazione e attuazione della normativa europea. Il ruolo del Parlamento*, cit., spec. 469.

⁴⁵ Sul punto F. Scuto, *L'evoluzione del rapporto Parlamento-governo nella formazione e nell'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, cit. 18; nonché A. Esposito, *ult. op. cit.* Contra si v. G. Rivosecchi, *ult. op. cit.*, 469. Secondo tale Autore l'aver codificato l'interlocuzione fra le Camere e le istituzioni europee, *in primis* la Commissione, esprimerebbe l'intento di valorizzare il ruolo e l'autonomia parlamentare nel contesto dei processi europei di produzione normativa.

⁴⁶ Per quanto riguarda l'Italia, le regioni possono presentare alle Camere osservazioni utili alla definizione del contributo nazionale alla definizione delle politiche europee ai sensi del succitato art. 9 della l. n. 234 del 2012. Sul punto: F. Paterniti, *La partecipazione delle Regioni alla formazione delle norme e alle procedure dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea* ..., cit., spec. 12 ss. C. Odone, *La collaborazione in fase ascendente tra il Parlamento e le Assemblee legislative regionali: cinque casi pratici ed alcune riflessioni*, in *Federalismi.it*, 7, 2013, 1 ss. Ma si v. anche *supra* la bibliografia citata alla nota n. 13.

⁴⁷ V. il «*27th Bi-annual Report of COSAC*» del 2017, in www.cosac.eu

⁴⁸ Il primo tentativo in tal senso, nel 2015, si deve all'iniziativa del Regno Unito. Si v. la «*Twenty-fifth Bi-annual Report: Developments in European Union Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny*» del 2016, in www.cosac.eu.

⁴⁹ Sul punto la bibliografia è estremamente vasta, si v. *ex multis*, K. Granat, *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order*, cit., spec. cap. 5; lo studio del Comitato delle Regioni: *The Subsidiarity Early Warning System of the Lisbon Treaty—The Role of Regional*

finalizzato alla salvaguardia del rispetto del principio di sussidiarietà, tutelando l'esercizio dei poteri legislativi dei parlamenti nazionali in tutte le ipotesi in cui l'Unione europea non ha competenza esclusiva. Restano, tuttavia, ancor oggi da chiarire quali siano le sue effettive potenzialità: se sia realmente in grado di implementare il quoziente di democraticità dell'Unione⁵⁰ o il processo di c.d. europeizzazione dei parlamenti nazionali. O, ancora, se sia uno strumento che si inserisca, completandolo, nel quadro dei meccanismi di indirizzo e controllo che i parlamenti nazionali possono esercitare sui rispettivi esecutivi in sede di formazione della posizione nazionale in relazione alle politiche europee; oppure un sistema che consente la promozione e lo sviluppo della cooperazione interparlamentare o, al contrario, un vero e proprio freno alla possibilità che si dispieghino in tutte le loro potenzialità i processi decisionali europei e un ostacolo al processo di integrazione a vantaggio degli interessi nazionali⁵¹. Peraltro, il meccanismo di controllo sulla sussidiarietà e il dialogo politico costituiscono due facce della stessa medaglia, esprimendo «una relazione politica più estesa tra la Commissione e i parlamenti nazionali»⁵². Infatti, l'attivazione di plurimi canali concertativi, anche di natura informale, pare aver favorito un'accezione del controllo sulla sussidiarietà piuttosto ampia, tale da estendersi finanche a verificare la correttezza della base giuridica e il rispetto del principio di proporzionalità, talvolta tangendo anche questioni rientranti nel c.d. merito, inerenti, cioè, all'opportunità politica dell'intervento normativo prefigurato o di alcuni dei contenuti ipotizzati dalla proposta esaminata⁵³: e tale quadro pare essere una

Parliaments with Legislative Powers and other Subnational Authorities, 2013, reperibile in www.cor.europa.eu; P. Kiver, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, UK, 2012; C. Fasone, *Concepts of Subsidiarity in the Early Warning Mechanism*, in LUISS Guido Carli School of Government Working Paper No. SOG-WP4/2013, 2013, in <https://ssrn.com/abstract=2243503>; V. Bocchietti, *The principle of subsidiarity in the European Union more than five years after the entry into force of the Treaty of Lisbon: outcomes and unresolved questions*, in A. Papa (Ed), *Le regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Torino, 2016, pp. 13 ss.; L. Frosina, *Le assemblee legislative regionali nell'early warning system...*, cit., 107 ss.; P. Bilancia, *L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, in F. Lanchester (Ed), *Parlamenti nazionali e Unione Europea* ..., cit., 35 ss.

⁵⁰ *Contra*, P. De Wilde, *Why the Early Warning Mechanism does not Alleviate the Democratic Deficit*, in *Opal on line paper*, 6, 2012.

⁵¹ N. Lupo, *I poteri "europei" dei parlamenti nazionali*, cit., 1729, come ripreso poi in Id., *I poteri europei dei parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in A. Manzella, N. Lupo (Eds), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, cit., 101, ss., spec. 115. Si v. altresì M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell'Unione Europea*, cit., spec. 523 ss. nonché si v. i report annuali «Subsidiarity and proportionality - Annual reports on Better lawmaking», in www.ec.europa.eu.

⁵² Come rilevato dalla stessa Commissione europea-COM(2010)291-, Relazione annuale 2009 sui rapporti tra Commissione europea e Parlamenti nazionali.

⁵³ Sul punto: N. Lupo, *I poteri "europei" dei parlamenti nazionali*, cit., 1736 nonché F. Scuto, *Il ruolo del Parlamento italiano nella formazione del diritto europeo: recenti sviluppi e criticità*, in F. Lanchester (Ed), *Parlamenti nazionali e Unione Europea*, cit., 67 ss.; M. Cartabia, *I parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione europea. Cosa resta in caso di mancata ratifica?*, cit., 1 ss.

naturale espressione della natura multifunzionale, duttile e discrezionale dei parlamenti.

3.2.2. Inoltre, sebbene il sistema europeo di *early warning* veda i parlamenti nazionali e non gli enti territoriali quali protagonisti, non è infrequente il coinvolgimento di quest'ultimi, quantomeno in quegli ordinamenti in cui ad essi sono riconosciute autonome competenze legislative⁵⁴. E sono proprio gli strumenti procedurali messi a punto a tal proposito che rappresentano una delle innovazioni più significative dell'ultimo decennio, alla cui stregua analizzare e valutare l'effettivo contributo degli enti territoriali ai processi decisionali europei. In concreto, tuttavia, le modalità del loro coinvolgimento sono estremamente variegate, dipendendo dalle scelte interne degli Stati membri dell'Unione, oltre che dalle pratiche di collaborazione più o meno virtuose dei parlamenti nazionali. Volendo effettuare una sintesi, la maggioranza degli ordinamenti composti (ad eccezione del Belgio) ha considerato gli enti territoriali come «soggetti consultivi» dei parlamenti nazionali, e quindi come «parti integranti del dispositivo parlamentare del loro Paese»⁵⁵. L'esperienza belga si discosta da tale modello poiché in quell'ordinamento, a seconda delle rispettive competenze, le assemblee legislative delle regioni e delle comunità possono prender parte al controllo di sussidiarietà su di un piano di parità con il Parlamento federale⁵⁶. Negli altri ordinamenti composti, le modalità procedurali dell'attività consultiva attraverso la quale si può articolare l'*EWS* variano da Paese a Paese, ma sostanzialmente possono essere ricondotte all'individuazione di meccanismi concertativi e sedi, quali le conferenze, in cui far confluire le varie istanze degli enti territoriali per addivenire ad una posizione comune. Mancano, però, modelli procedurali e canali partecipativi uniformi anche all'interno dei singoli contesti ordinamentali e ciò contribuisce a delineare un panorama a geometria variabile ed asimmetrica. Al contrario, prevedere un modello di attività istruttoria realmente condiviso potrebbe agevolare anche l'esame, in sede nazionale, delle risultanze delle determinazioni degli enti territoriali, contribuendo a migliorare la qualità degli interventi nazionali in sede europea⁵⁷.

⁵⁴ Sul punto, per una panoramica, si segnala K. Granat, *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order*, cit. spec. cap. 5; lo studio del Comitato delle regioni: *The Subsidiarity Early Warning System of the Lisbon Treaty – the role of regional parliaments with legislative powers and other subnational authorities*, 2013, reperibile in www.cor.europa.eu; V. Bocchietti, *The principle of subsidiarity in the European Union more than five years after the entry into force of the Treaty of Lisbon: outcomes and unresolved questions*, cit., 13 ss.; L. Frosina, *Le assemblee legislative regionali nell'early warning system...*, cit., 107 ss.; P. Bilancia, *L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, cit., 35 ss.; P. Piciacchia, *Il Trattato di Lisbona e l'impatto del meccanismo di controllo dei parlamenti nazionali (EWM) sul principio di sussidiarietà*, in F. Lanchester (Ed), *Parlamenti nazionali e Unione europea...*, cit., 51 ss.

⁵⁵ A. Papa, *Il modello europeo di integrazione e la multilevel governance europea*, in F. Lanchester (Ed), *Parlamenti nazionali e Unione Europea...*, cit., 505 ss., spec. 512

⁵⁶ Si v. la Dichiarazione n. 51 annessa al Trattato di Lisbona.

⁵⁷ Sul punto, v. *supra*, nota n. 49 Il Comitato europeo delle Regioni, in uno studio del 2013, rilevava come lo sviluppo di una più ampia e capillare cooperazione fra assemblee legislative regionali sia determinante: per la qualità degli interventi proposti e per un efficace bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti [*The Subsidiarity Early Warning System of the Lisbon Treaty – the role of regional parliaments with legislative powers and other subnational*

3.2.3. Volendo effettuare, in riferimento all'Italia, un parziale bilancio della "virtuosità" del sistema del controllo preventivo della sussidiarietà, così come delineato dal legislatore nazionale ed integrato dalle regioni e dalle province autonome, non si può non mostrare qualche perplessità.

Sebbene l'*EWS* possa contribuire ad implementare il circuito democratico dell'Unione europea, avendo «l'effetto di indebolire il raccordo Parlamento-Governo nella fase ascendente» - poiché le Camere possono discostarsi dalla posizione assunta dal proprio governo in merito alle proposte di atti normativi dell'Unione europea⁵⁸ - in concreto, tuttavia, non è ancora chiaro il suo reale impatto (cfr. *infra*, par. 4). E ciò vale anche per il nostro Paese.

Inoltre, assumendo che la *ratio* di fondo del principio di sussidiarietà sia la valorizzazione della dimensione territoriale e dei livelli di governo più decentrati, nel nostro Paese, il coinvolgimento regionale continua ad essere in certa misura deludente sebbene il quadro normativo vigente sia arricchito da alcuni meccanismi messi a punto in via di prassi al fine di tentare di supplire ai limiti che questi presenta. L'art. 8 della l. 234/2012, infatti, si limita a prevedere la consultazione generica delle assemblee legislative regionali in sede di esercizio del controllo di sussidiarietà sui progetti di atti normativi europei, mentre il successivo art. 25 facoltizza le assemblee e i consigli regionali e delle province autonome di Trento e di Bolzano a «far pervenire alle Camere le loro osservazioni in tempo utile per l'esame parlamentare dandone contestuale comunicazione alla Conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle regioni e delle province autonome». Tale disposizione, se ha il merito di formalizzare il coinvolgimento regionale, tuttavia mostra un rilevante profilo di debolezza nel non prevedere alcuna procedura specifica di cooperazione verticale (fra assemblee legislative regionali e le Camere) o orizzontale (fra assemblee legislative regionali). È assente, inoltre, la previsione di un termine entro cui i Consigli regionali debbano trasmettere le proprie osservazioni alle Camere, con la conseguenza che la concreta fruttuosa operatività della disposizione in esame dipende in larga misura dal comportamento virtuoso dei soggetti coinvolti. Con riferimento alle procedure riconducibili all'*early warning system* è possibile individuare la tendenza virtuosa di alcune

authorities, 2013, reperibile in www.cor.europa.eu.]. Si v., inoltre, A. Zei [*Dritto e rovescio nella trama della multilevel governance federale ed europea...*, cit., 642] secondo cui un'opera di comparazione fra i diversi ordinamenti risulta particolarmente delicata nonostante esistano anche dati molto ricchi (come quella allestita presso il Comitato delle regioni allo scopo di monitorare il controllo delle assemblee regionali sulla sussidiarietà e consentire un rapido scambio di informazioni circa i progetti da esaminare). I dati in esse presenti, infatti «vanno considerati come un indicatore piuttosto grossolano del ruolo svolto dalle assemblee regionali. Il controllo sulla sussidiarietà... fondamentalmente si tramuta in una valutazione circa l'impatto di un atto normativo nelle materie di potestà regionale, e dunque molto dipende dai particolari criteri di riparto iscritti nei singoli ordinamenti costituzionali».

⁵⁸ F. Scuto, *L'evoluzione del rapporto Parlamento-governo nella formazione e nell'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, cit., 17.

regioni, le quali si sono dotate di specifiche leggi regionali di settore⁵⁹ o sono intervenute a modificare i propri regolamenti consiliari⁶⁰, introducendo o apposite procedure di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, o l'istituzione di meccanismi di comunicazione e di raccordo fra Consigli e Giunte (come ad esempio in Emilia-Romagna, Sardegna, ma anche in Abruzzo, Calabria, e Sicilia), che si inscrivono nel più ampio ventaglio degli strumenti di interazione e concertazione con le Camere ed il Governo posto dalla normativa nazionale⁶¹. È stata anche prevista la creazione di specifici organi o comitati competenti a pronunciarsi a vario titolo sulle questioni inerenti progetti normativi europei di rilevanza regionale. Valutando il complesso ruolo esercitato dalle regioni nel contesto dell'*EWS*, la dottrina è pressoché concorde sul fatto che manchi, a livello nazionale, un quadro normativo organico ed efficace di coinvolgimento e consultazione delle regioni e potrebbero esser meglio coordinati i diversi piani di intervento previsti dalla legge n. 234/2012. Spesso, poi, le osservazioni rese dalle regioni in sede di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà (art. 25) tendono ad investire il merito delle decisioni (valutazioni che ricadrebbero, però, nelle previsioni di cui all'art. 24 – cfr. *supra*).

3.3 La Cooperazione interparlamentare: cenni

Il ruolo dei parlamenti nazionali può essere valutato, infine, anche considerando i molteplici canali della cooperazione interparlamentare, che esprime il complesso dei raccordi e delle relazioni dei parlamenti nazionali nel composito sistema costituzionale dell'Unione⁶².

Fenomeno che sinora ha mostrato esiti deludenti quanto a potenziale valorizzazione del ruolo dei parlamenti nazionali, «risultato della combinazione, secondo equilibri variabili di differenti posizioni»⁶³, la cooperazione interparlamentare, nelle sue diverse declinazioni, avrebbe lo scopo di implementare sinergie e cooperazioni tese all'assunzione di una posizione comune nell'ambito del dialogo politico o in relazione a profili di particolare interesse per l'Unione (come, ad esempio la cooperazione in materia di *governance* economica).

⁵⁹ Talvolta anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in attuazione delle leggi nn. 131 del 2003 e 11 del 2005.

⁶⁰ Come nel caso del Regolamento del Consiglio regionale dell'Emilia Romagna approvato già nel 2007 o il Regolamento del Consiglio della Regione Abruzzo approvato nel 2010.

⁶¹ L. Frosina, *Regioni e Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Il Comitato delle Regioni, i Parlamenti regionali e le sfide della multilevel governance*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2013, 1097 ss.; nonché, più di recente ed in prospettiva comparata, Id., *Le assemblee legislative regionali nell'early warning system...*, cit., 107 ss.

⁶² Si v. l'art. 9 del Protocollo 1 annesso al Trattato di Lisbona secondo cui «il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali definiscono insieme l'organizzazione e la promozione di una cooperazione interparlamentare efficace e regolare in seno all'Unione». Ad oggi la cooperazione interparlamentare si sviluppa secondo diversi canali concertativi che per ragioni di spazio non è possibile analizzare in questa sede. Per maggiori approfondimenti sul punto di recente N. Lupo, C. Fasone, *Interparliamentary Cooperation...*, cit.; D. Fromage, *Increasing Inter-Parliamentary Cooperation...*, cit., 749 ss.; A. Esposito, *La cooperazione interparlamentare. Principi, strumenti e prospettive*, in A. Manzella, N. Lupo (Eds), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, cit., 133 ss.

⁶³ A. Esposito, *ult. op. cit.*, 134.

La Cooperazione interparlamentare è stata caratterizzata da un progressivo ampliamento nei dieci anni successivi all'approvazione del Trattato di Lisbona, articolandosi secondo dinamiche solo in parte istituzionalizzate.

Fra i vari canali in cui si articola la cooperazione interparlamentare, se ormai consolidata è l'attività della COSAC o della Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti dell'Unione europea⁶⁴, il Gruppo di controllo parlamentare congiunto su Europol⁶⁵ rappresenta certamente una più recente novità dalle potenzialità ancora da esplorare pienamente.

Nel prossimo futuro, poi, il Parlamento Europeo e i parlamenti nazionali degli Stati membri saranno chiamati a realizzare una valutazione delle attività di Eurojust stabilendo un apposito meccanismo di cooperazione interparlamentare a norma dell'art. 85.1 del TFUE⁶⁶.

Si deve ricordare, inoltre, che le varie commissioni del Parlamento Europeo organizzano regolarmente riunioni con le commissioni corrispondenti dei parlamenti nazionali al fine di dibattere su temi specifici creando, così, una rete di relazioni e una piattaforma di scambio di posizioni in relazione a processi normativi o politiche di interesse comune. Pur essendo complesso valutare il reale impatto di tale attività, ciò che pare significativo è il suo crescente costante incremento negli ultimi anni.

4. Conclusioni

2803

Nonostante le modifiche ai Trattati, ancor oggi i parlamenti non paiono gli attori protagonisti nelle relazioni con le istituzioni europee: hanno certamente avuto l'occasione di esercitare un ruolo maggiormente attivo, tuttavia non si può sostenere che intervengano come veri e propri "co-decisorì": la loro azione pare meglio riconducibile alla mera area dell'"influenza"⁶⁷.

In un contesto storico, politico e istituzionale in cui la tenuta istituzionale dell'Unione pare sempre più sottoposta ad assi di tensione (v. *supra*, par. 1) sfruttare al meglio i canali partecipativi e concertativi offerti dal trattato di Lisbona, valorizzando anche le dinamiche di interrelazione fra il livello europeo,

⁶⁴ Per una panoramica recente si v. N. Lupo, C. Fasone, *Interparliamentary Cooperation...*, cit., spec. 207 ss.

⁶⁵ Si vedano gli artt. 87-88 TFUE. Il Gruppo di controllo parlamentare congiunto su Europol è stato creato in seguito all'entrata in vigore, il 1 marzo 2017, del c.d. Regolamento Europol. Per approfondimenti si v. *Las Relaciones entre el Parlamento Europeo Y los Parlamentos nacionales de la Unión. Informe anual de 2018*. Testo reperibile in: http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/24ed4892-8338-4ed2-b54e-b231c94f1676/L015863-BROC-A4-ES_v4.pdf.

⁶⁶ A tal proposito si veda il recente Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio. Tale Regolamento, in vigore dal dicembre 2018, sarà applicabile nel dicembre 2019.

⁶⁷ V. Lippolis, *Gli effetti del processo di integrazione sul Parlamento*, cit., 13 ss.

quello nazionale e quello sub-nazionale, valorizzando quella democrazia di prossimità espressa dalle le istanze degli enti territoriali e dalle loro sinergie con i parlamenti nazionali, potrebbe rivelarsi un utile contrappeso e un fattore di riequilibrio funzionale nella attuale situazione di crisi dell'Unione⁶⁸. Pare necessario, tuttavia, rimuovere una serie di profili critici che connotano le modalità attraverso le quali si sono sviluppati i rapporti fra i parlamenti nazionali, i loro enti territoriali dotati di autonoma potestà legislativa e la dimensione europea⁶⁹. Nel complesso, infatti, le assemblee legislative degli Stati membri dell'Unione sono state poste al centro di quello che è stato definito «un labirintico reticolo di procedure»⁷⁰, che almeno potenzialmente consentirebbe ai parlamenti nazionali, - e, laddove previsti, agli enti territoriali dotati di autonome potestà legislative - di palesare la propria influenza e la propria posizione in relazione alle politiche dell'Unione, esulando dal canale del controllo sull'azione dei governi nazionali - azione consolidate sin dal trattato di Maastricht - ma anche relazionandosi in modo diretto con le istituzioni europee, *in primis*, la Commissione.

Il reale quesito, però, inerisce una valutazione sull'efficacia ed incisività del complesso di meccanismi e strumenti di cui i parlamenti nazionali si possono avvalere.

La prassi applicativa⁷¹ ci mostra una netta preferenza del ricorso allo strumento del dialogo politico piuttosto che al ricorso agli strumenti concertativi delineati nell'ambito dell'EWS, in relazione ai quali si auspica un'implementazione⁷².

È complesso comprendere il reale impatto dell'EWS. Certo la Commissione risponde alle istanze o comunicazioni che provengono dai parlamenti nazionali, ma spesso lo fa con ritardo e non è chiaro il seguito di tali canali concertativi⁷³. Un segnale significativo è, tuttavia, rappresentato dall'istituzione della “task force per

⁶⁸ L'implementazione dell'integrazione regionale, e l'implementazione dei canali concertativi con i Parlamenti, almeno in quegli ordinamenti in cui continua a risultare carente, potrebbe, così, essere potenzialmente in grado di contribuire ad aumentare il livello di legittimazione democratica del complesso dei meccanismi decisionali e procedurali europei, agevolando e promuovendo un più stretto coinvolgimento popolare e contribuendo a far sì che i cittadini percepiscano in modo migliore (*rectius* più vicino a sé) l'Unione europea.

⁶⁹ È necessario, però, implementare pratiche virtuose e intervenire sui meccanismi concertativi e sui meccanismi di partecipazione previsti a livello nazionale specialmente laddove, come in Italia, le procedure siano particolarmente farraginose e talvolta poco chiare in relazione agli effetti della mancata risposta o coinvolgimento.

⁷⁰ V. Lippolis, *ult. op. cit.*, 28.

⁷¹ Il dialogo politico sarebbe stato interessato da un incremento del 30% nel 2018 (rispetto all'anno precedente): dati in *Las Relaciones entre el Parlamento Europeo Y los Parlamentos nacionales de la Unión. Informe anual de 2018*, 39 ss., cit.

⁷² Sul punto, di recente, si v. la *Risoluzione del Parlamento europeo* del 19 aprile 2018, *Implementation of the Treaty provisions concerning national Parliaments*, P8_TA (2018)0186.

⁷³ Peraltro l'EWS scatta solo al raggiungimento di un certo numero di concordanti opinioni motivate. Ad oggi la procedura del “cartellino giallo” è stata attivata solamente in tre occasioni (nel 2012, 2013 e 2016), mentre quella del “cartellino arancione” non è mai stata utilizzata. Si v. le relazioni annuali della commissione in materia di sussidiarietà e proporzionalità, in http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npo/subsidiarity_reports_en.htm

la sussidiarietà e la proporzionalità e per 'fare meno in modo più efficiente'»⁷⁴. Tale Task force ha il compito di elaborare raccomandazioni che consentano di individuare possibili miglioramenti alla concreta applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità; circoscrivere gli ambiti in cui i lavori potrebbero essere ridistribuiti o definitivamente riaffidati ai paesi dell'Unione; individuare delle modalità operative che permettano di coinvolgere meglio gli enti territoriali, regionali e locali, in sede di attuazione delle politiche dell'Unione europea.

Similmente, i canali della cooperazione interparlamentare, sebbene via via implementati sino a raggiungere il loro massimo livello nel corso del 2018⁷⁵, non sono stati in grado, sinora, di esplicitare tutto il loro potenziale producendo effetti stringenti per gli organi dell'Unione. Noto è il pessimismo di parte della dottrina sul punto⁷⁶: la cooperazione interparlamentare è stata definita «un'occasione in larga parte sprecata, ma della quale ci sarebbe, nella democrazia europea, specialmente oggi, assoluto bisogno»⁷⁷. Essa continua a presentare rilevanti profili di ambiguità e inefficienze che ne interessano la struttura, i poteri ed i processi decisionali⁷⁸.

Sotto diverso profilo non si può non considerare come, in relazione ad altri strumenti partecipativi, i parlamenti siano ancora poco sensibili e proattivi e si dimostrino il più delle volte adesivi alle posizioni governative: in sede di controllo degli esecutivi in relazione alla formazione della posizione nazionale essi palesano, infatti, interventi più incisivi solo nei limitati casi laddove sono titolari di un reale potere di mandato nei confronti dei governi.

Si riscontrano, peraltro, alcune difficoltà strutturali anche nel gestire la mole di informazione che perviene ai parlamenti nazionali dall'Unione. Mole di informazioni che impone comunque un rilevante potere di filtro da parte dei governi i quali pongono all'attenzione delle camere di riferimento i profili ritenuti di maggior rilevanza⁷⁹.

⁷⁴ Tale Task Force è stata istituita il 14 novembre 2017 dal presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker ed è operativa dal 2018. Il primo rapporto della Task Force è stato reso pubblico nel luglio 2018: testo in https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/report-task-force-subsidiarity-proportionality-doing-less-more-efficiently_1.pdf. Si veda, altresì, la Relazione Annuale della Commissione - 23.10.2018 COM (2018) 490 final, in www.ipex.eu.

⁷⁵ Vedi il rapporto ufficiale in http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/d22b5f20-6f06-4a32-968b-acc37bf13c66/RAPORT_2018.pdf

⁷⁶ Ad esempio, G. Amato [in *Unione Europea e cooperazione parlamentare: un dibattito*, cit., 2 ss.] si domanda «ma come fanno a funzionare organismi del genere... sono indotto a credere che la miglior cooperazione si realizzi se ed in quanto ciascuno lavori al suo posto e ci siano dei momenti di comunicazione e di raccordo».

⁷⁷ N. Lupo, in *Unione Europea e cooperazione parlamentare: un dibattito*, cit., 14

⁷⁸ C. Fasone, N. Lupo, *Interparliamentary Cooperation in the Framework of a Euro-national Parliamentary System*, cit., 345.

⁷⁹ Si registra, inoltre, una maggior difficoltà dei parlamenti piccoli e meno strutturati a filtrare in modo efficace (e a valutare, esprimendo una posizione in merito) la mole di informazioni di cui sono destinatari.

Considerando gli Stati composti membri dell'Unione, si riscontrano significative differenze, sia sul versante della partecipazione di rappresentanti degli enti territoriali ai lavori del Consiglio, sia sul versante dell'instaurazione di un efficace contributo al dialogo politico di cui le istituzioni nazionali si fanno portatrici. Inoltre, anche in relazione alla partecipazione ai meccanismi di controllo della sussidiarietà si riscontra, di fatto, uno scarso impatto. In molti Paesi, fra i quali l'Italia, la normativa si presenta farraginosa e non pare pienamente valorizzato il ruolo delle autonomie territoriali, sebbene queste possano far valere le proprie posizioni anche in seno al Comitato europeo delle regioni, organo che, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha visto ampliare propri poteri proprio in tema di controllo del rispetto della sussidiarietà⁸⁰.

Molti enti territoriali, poi, hanno istituito autonomamente canali di dialogo o interazione con le istituzioni europee, esercitando finanche attività di lobbying direttamente a livello europeo con loro uffici⁸¹, contribuendo, in tal modo, a creare un panorama ancora più complesso e, almeno potenzialmente, "bypassando" i canali di concertazione ufficiali. Ciò, se da un lato consente una loro maggior partecipazione ai processi decisionali europei, dall'altro determina forti disomogeneità, non solo in merito al *quantum*, ma anche alla qualità della partecipazione degli enti territoriali, poiché si riscontrano forti differenze anche all'interno di un medesimo Stato e talvolta gli enti territoriali si fanno portatori di interessi potenzialmente confliggenti con quelli espressi dalla dimensione nazionale.⁸²

Nel tentativo di effettuare un parziale bilancio, si condivide la posizione di chi sostiene che «la strada migliore per i parlamenti sembra essere quella di utilizzare al meglio la leva dell'indirizzo politico e dei poteri di controllo nei confronti del governo, connessi, più in generale, alla verifica del rapporto di fiducia anche in relazione alle scelte di politica europea»⁸³, implementando i poteri parlamentari nei rapporti con i governi e migliorando i canali di comunicazione e coinvolgimento degli enti territoriali anche in quegli ordinamenti in cui sinora non sono stati adeguatamente valorizzati (come Spagna, Italia e anche Portogallo e Finlandia), e attingendo, infine, eventualmente alle *best practices* esistenti in ordinamenti che tradizionalmente hanno mostrato una maggior sensibilità sul punto (quali Belgio Germania e Austria).

⁸⁰ Cfr. C. Drigo, *Multilevel Governance dell'Unione europea...*, cit., spec. 21 ss. e bibliografia ivi indicata.

⁸¹ A tal proposito si possono menzionare i casi di Austria, Belgio, Germania, ma anche, seppur in misura minore, Italia. Si v. A.L. Högenauer, *All by Themselves? Legislative regions and the Use of Unmediated Access to the European Level*, in *European Political Science review*, 2014, 451 ss.

⁸² E ciò si aggiunge alle forti differenze in punto di architettura costituzionale che esistono. Ad esempio, come ricordato *supra* con riferimento al contesto italiano, uno dei fattori di debolezza della partecipazione regionale alla *multilevel governance* dell'Unione europea deriva non solo dalla farraginosità della normativa vigente, ma anche dal fatto che non esista una Camera rappresentativa delle istanze regionali.

⁸³ F. Scuto, *Il ruolo del Parlamento italiano nella formazione del diritto europeo: recenti sviluppi e criticità*, cit., 85.

Parlamenti, Corti e struttura territoriale dello Stato: il Regno Unito tra Brexit e devolution

di Barbara Guastaferra

Abstract: Parliaments, Courts and territorial structure of the State: the United Kingdom between Brexit and devolution – The paper deals with the peculiar nature of the devolution process within the United Kingdom, highlighting how it diverges from the centripetal tendency that was underlying the birth of the modern country in the early XVIII century. The arising tension between Westminster and territorial Parliaments creates cleavages that Brexit might enlarge, thereby affecting the British *territorial constitution*.

Keywords: Brexit; Devolution; Territorial Constitution; Territorial Parliaments.

2807

1. Brexit, devolution e struttura territoriale dello Stato

A differenza di molte delle “rivoluzioni silenziose” che hanno alterato forma e sostanza della costituzione del Regno Unito in modo graduale, la devolution è sempre stata percepita come un “major constitutional change”, in grado di suddividere la storia britannica in una pre-devolution e post devolution era.¹ Come osserva Anthony King, “Bagehot, Dicey, and those who came after them all believed that one of the essential features of the British political system was the existence within it of a single locus of sovereign authority. With the coming of devolution to Scotland and Wales, that single locus of sovereign authority no longer exists. Or, if it does exist, it exists only on paper”.² La devolution, dunque, è vista come un *vulnus* al concetto di unitarietà della sovranità, che ben si esprime nella sovranità del Parlamento. Tanto è centrale la sovranità del Parlamento che, così come l’Unione del Regno scaturì dalla fusione dei due legislativi, o meglio dall’unione dei due parlamenti dei regni d’Inghilterra e Scozia, la devolution, nel creare o, secondo i nazionalisti scozzesi “riconvocare” (“re-convening”) the Scottish Parliament, sarebbe potenzialmente lesiva proprio del tratto caratterizzante dell’Unione, ossia dell’esistenza di un unico parlamento sovrano. Come è stato notato, “la devolution configura l’antitesi storica e costituzionale dell’Unione (o meglio si direbbe la sua

¹ Così A. King, *Jon Bull’s Other Lands*, in ID., *The British Constitution*, Oxford, 2007, p. 179, secondo cui “Devolution to Scotland and Wales at the end of the twentieth century has disrupted the traditional British constitution in a more immediate and recognizable way than any other development since the abolition of the Lord’s veto in 1911”

² A. King, *op. cit.*, p. 179.

antitesi costituzionalmente sostenibile, oltre la quale si trovano solamente le ipotesi federalistiche o perfino la totale separazione) e di converso lo Scotland Act 1998 è l'antitesi legislativa dell'Act of Union 1707. Il nucleo metodologico di entrambi i momenti in cui entra in gioco la forma dello Stato è esattamente lo stesso perché consiste, in ultima analisi, nella parlamentarizzazione come preminente fattore di mutamento della Statualità, secondo un processo per cui operare sulla configurazione del legislativo equivale a definire la struttura e l'essenza stessa dello Stato sia esso unitario centralizzato (1707) o unitario devoluto (1998) nei cui riguardi opera in direzione aggregativa o, come appunto con la devolution, disgregativa o potenzialmente tale".³

La struttura territoriale dello Stato, già messa a dura prova da un fattore per così dire endogeno, ossia dalla "discontinuità" costituita dal processo di devolution, che innesta germi di un potere *diviso* in un Regno che per sua definizione è *unito*, è recentemente messa sotto pressione da un dirompente fattore esogeno, costituito dal tortuoso ed ancora incompiuto processo di recesso del Regno Unito dall'Unione europea, non a caso considerato un vero e proprio "vaso di Pandora della Costituzione britannica"⁴ per i non pochi sconvolgimenti capaci di incidere tanto sulla forma di governo quanto sulla forma di Stato del Regno.⁵ Il presente contributo analizza alcune delle fratture e delle asimmetrie della *territorial constitution* del Regno Unito, ingenerate, dunque, sia dal processo di devolution che dal processo di Brexit, e capaci di provocare sia tensioni "nel" Parlamento (immettendo un *cleavage* territoriale, spesso divisivo, all'interno del Parlamento sovrano di Westminster) che tensioni "tra" Parlamenti (portando ad un duro scontro tra Parlamento di Westminster e parlamenti sub-nazionali in tema di Brexit).

2. L'impatto della devolution sulla *territorial constitution* del Regno Unito

La *territorial constitution* del Regno Unito è notoriamente caratterizzata da una forte asimmetria tra le sue parti costitutive. Oltre a quella che si potrebbe definire l'"anomalia" dell'Inghilterra, l'unica delle entità sub-nazionali del Regno a non avere una propria assemblea legislativa "parziale" e, dunque, a non gestire poteri devoluti, il trasferimento di poteri e funzioni dal Parlamento di Westminster alle assemblee legislative di Scozia, Galles ed Irlanda del Nord è stato notoriamente caratterizzato dall'accidentalità. E così, le *devolved legislatures* di Scozia, Galles ed Irlanda del Nord, oltre ad esser sorte in diversi momenti storici e per diverse

³ A. Torre, *Scozia: devolution, quasi-federalismo, indipendenza?*, in *Rivista AIC*, 2/2013, p. 11.

⁴ C. Martinelli, *La Brexit come vaso di Pandora della Costituzione britannica*, DPCE online v. 40, n. 3, ottobre 2019.

⁵ Sui quali si rinvia a G. Franco Ferrari, *Miller II: il sindacato giurisdizionale sulle dinamiche della forma di governo prende definitivamente piede a Londra?*, DPCE Online, [S.l.], v. 40, n. 3, oct. 2019; C. Martinelli, *Downing Street vs. Westminster: Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in *Osservatorio costituzionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 6/2019, e F. Rosa, *Power to the Parliament. La Corte Suprema dichiara illegittima e nulla la lunga sospensione del Parlamento*. DPCE Online, [S.l.], v. 40, n. 3, oct. 2019.

ragioni⁶, gestiscono diversi poteri. Difatti, il trasferimento di funzioni da parte del Parlamento di Westminster è stabilito nei diversi atti istitutivi delle singole assemblee legislative subnazionali e dei rispettivi governi, che non sempre contengono le medesime competenze devolute.⁷

Le complessità della *territorial constitution* del Regno Unito, già quasi “fisiologiche” in un ordinamento fortemente asimmetrico, si sono paradossalmente acuite in seguito all’esito negativo del referendum sull’indipendenza della Scozia svoltosi nel settembre 2014, che, ad una lettura superficiale, potrebbe invece essere sintomatico di una forte tenuta unitaria del Regno.⁸ L’aspetto problematico dell’esito referendario del 2014 risiede nel fatto che esso ha condotto alla realizzazione dell’impegno preso dai partiti favorevoli al mantenimento dell’Unione antecedentemente allo stesso referendum: più poteri al Parlamento di Holyrood qualora i cittadini scozzesi avessero, come è poi accaduto, rigettato l’ipotesi secessionista e votato per restare nel Regno Unito.⁹ Infatti, lo Scotland Act 2016, entrato in vigore il 23 marzo, incrementa in modo significativo le competenze devolute dal Parlamento di Westminster al Parlamento scozzese, in particolar modo in materia fiscale e di welfare. Tuttavia, la scelta di conferire ulteriore autonomia alla Scozia, ha accentuato gli squilibri politico-istituzionali della devolution, spesso molto concentrata sul potenziamento della *self-rule*, senza considerare l’impatto della sempre maggiore autonomia delle assemblee subnazionali sulla tenuta (e sull’unità) del Regno. Non è un caso che l’accoglimento delle rivendicazioni sub-nazionali del popolo scozzese abbia scatenato quasi repentinamente una forte rivendicazione sub-nazionale da parte del territorio inglese. La scelta di conferire ulteriore autonomia alla Scozia attraverso lo Scotland Act 2016 ha, difatti, inasprito l’annosa *West Lothian Question* (o anche

⁶ Solo a titolo di esempio, se in Scozia la creazione di un parlamento democraticamente eletto fu una risposta all’incapacità di Westminster di governare gli affari scozzesi, nell’Irlanda del Nord la devolution fu considerata un modo per mettere fine alla violenza scaturita dai *Troubles* e permettere la condivisione del potere in una comunità fortemente lacerata.

⁷ Sulle specificità delle diverse configurazioni che la devolution assume in Scozia, Galles e Irlanda del Nord, e sui diversi percorsi storici ad esso sottesi, si rinvia al recente lavoro monografico di G. Caravale, *A family of nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e Brexit*, Napoli, Jovene, 2017, ed alla letteratura ivi contenuta.

⁸ Non essendo possibile in questa sede riportare l’intenso dibattito sul referendum scozzese, ci si limita in questa sede a rinviare alla letteratura contenuta in G. Caravale, *Il referendum del 18 settembre 2014: Scotland chooses the best of both worlds*, in *Federalismi.it*, 2014, 18, M. Keating (ed.), *Debating Scotland. Issues of Independence and Union in the 2014 Referendum*, Oxford, 2017; C. Martinelli, *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, 2016., P. Martino, *La questione indipendentista scozzese: le nuove frontiere della Britishness*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2015.

⁹ Avendo lo Scottish National Party (SNP) condotto la campagna elettorale per il Parlamento scozzese promettendo il referendum sull’indipendenza in caso di vittoria, i partiti favorevoli al mantenimento dell’Unione si fecero promotori della cosiddetta “promessa” (*The Vow*), un annuncio solenne, sottoscritto congiuntamente dal premier David Cameron a capo dei Conservatori, da Nick Clegg a capo dei Liberal-democratici (allora principali esponenti del Governo di Coalizione), da Ed Miliband a capo dell’Opposizione di Sua Maestà e dei Laburisti, e pubblicato sulla prima pagina del *Daily Record*. In dettaglio sul punto, tra gli altri, G. Marzulli, *Il nomos della Scozia: il referendum sull’indipendenza nella rete ingarbugliata della sovranità*, in C. Martinelli, *La Scozia nella Costituzione britannica*, cit., p. 209 ss.

English Question), che denuncia un paradosso costituzionale creato dalla devolution: mentre i parlamentari eletti in Inghilterra non hanno possibilità di influire su scelte decisionali riguardanti i territori devoluti (dotati di parlamenti “sub-nazionali” in grado di legiferare in ambiti sempre crescenti), i parlamentari eletti in Scozia, Galles e Irlanda del Nord che siedono nella House of Commons si trovano a votare misure che riguardano, conseguentemente alla devolution, soltanto il territorio inglese.

Anche se in passato diverse proposte sono state avanzate per porre rimedio a questa sorta di anomalia (e asimmetria) costituzionale che vede l’Inghilterra priva di un proprio parlamento “sub-nazionale” e soggetta a quella che il dibattito politico-istituzionale definisce una “constitutional unfairness”, è solo nel 2015 che il Governo allora in carica si è fatto promotore di una modifica del procedimento legislativo in seno alla House of Commons, che, come intuibile dallo stesso *nomen* della procedura—“English Votes for English Laws” (EVEL)—affida un ruolo preponderante ai parlamentari eletti nelle constituencies inglesi, introducendo un elemento di territorialità abbastanza divisivo all’interno del Parlamento del Regno Unito. Il prossimo paragrafo proverà a dar conto brevemente degli aspetti procedurali della riforma e di come il processo di devolution abbia dunque creato una notevole tensione *nel* Parlamento di Westminster rappresentativo di quella sovranità (unitaria) del Regno.

2.1. La tensione territoriale “nel” Parlamento: la procedura *English Votes for English Laws*

La procedura English Votes for English Laws è entrata in vigore il 22 ottobre 2015 tramite una modifica degli Standing Orders della House of Commons, approvata dopo un acceso dibattito con il voto dei soli conservatori e il dissenso di tutti i partiti di opposizione. La procedura, in estrema sintesi, fa in modo che, se un progetto di legge riguarda esclusivamente il territorio inglese (o del Galles), solo i parlamentari eletti nelle constituencies inglesi (o del Galles) avranno diritto di voto. Escludendo i parlamentari eletti nelle constituencies dei territori devoluti da alcune fasi del procedimento legislativo, si aggirerebbe l’assenza di una sede preposta a dar voce all’interesse sub-nazionale degli inglesi, creando una sorta di “Parlamento inglese *all’interno* del Parlamento del Regno Unito”.¹⁰

La nuova farraginosa procedura affida allo Speaker della House of Commons il compito di definire quali siano i progetti di legge da sottoporre alla procedura EVEL, in base ad un duplice test: il Bill deve riguardare solo l’Inghilterra e deve rientrare nelle materie devolute. Una prima criticità riguarda l’idoneità dello Speaker a svolgere un compito delicatissimo e notoriamente difficoltoso anche per le Corti costituzionali di molti ordinamenti e, di recente, per la Corte Suprema del

¹⁰ In dettaglio, sulla procedura, G. Caravale, *op. cit.*, p. 151-164, D. Gover & M. Kenny, *Finding the Good in EVEL: an Evaluation of English Votes for English Laws in the House of Commons*, Centre on Constitutional Change Report (2016), B. Guastferro, *Territorial Representation in Unitary States. Reforming National Legislatures in Italy and in the United Kingdom*, In *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2019, pp. 147 – 195.

Regno Unito: quello di individuare la linea di demarcazione tra le competenze riservate al parlamento di Westminster e le competenze conferite alle *devolved legislatures*. Dopo la cosiddetta “certificazione” dello Speaker, il Bill che sia *nella sua interezza* applicabile al solo territorio inglese, già nella fase di discussione in Commissione vede coinvolti i soli parlamentari inglesi. Invece, il Bill che presenti soltanto *alcune disposizioni* applicabili al solo territorio inglese, segue il normale iter legislativo, composto da prima lettura, seconda lettura, esame in Commissione (ossia la prima possibilità di emendare il testo) sino al cosiddetto Report Stage (che è la seconda possibilità di emendare il testo e coinvolge l’intera aula). Dopo quest’ultimo, però, le disposizioni certificate dallo Speaker vengono esaminate da un “Legislative Grand Committee” dove soltanto i parlamentari inglesi hanno diritto di voto e sono chiamati ad approvare una “consent motion”. Senza il consenso della maggioranza dei parlamentari inglesi, le disposizioni non possono proseguire verso la terza lettura, che rappresenta la fase finale di approvazione del Bill prima che passi alla House of Lords. In altri termini, EVEL introduce una nuova fase del procedimento legislativo che affida un vero e proprio potere di veto ai parlamentari inglesi.

L’opzione caldeggiata nel 2015 dai conservatori è stata, senza dubbio, quella più estrema tra le varie proposte di risoluzione della *English Question*. Ad esempio, la McKay Commission istituita nel 2012 dal Governo di Coalizione (Commission on the Consequences of Devolution for the House of Commons), proponeva l’introduzione di una convenzione costituzionale (simile alla *Sewel Convention*) volta a garantire che i provvedimenti riguardanti il territorio inglese dovessero essere *normalmente* approvati con il consenso dei parlamentari inglesi. Dal punto di vista politico, la scelta meno cauta del Governo allora in carica è comprensibile alla luce del fatto che l’elettorato conservatore si concentra principalmente nelle *constituencies* inglesi, e che dunque un eventuale governo labourista potrebbe essere messo in difficoltà dalla nuova procedura, scontrandosi con maggioranze risicate ogni qualvolta vengono chiamati al voto i soli parlamentari inglesi. Dal punto di vista costituzionale, tuttavia, la procedura EVEL presenta alcune storture capaci di incidere fortemente sull’integrità del Parlamento del Regno Unito (*rectius* della House of Commons) e sullo stesso concetto moderno di rappresentanza politica.

Un primo profilo problematico è che EVEL, di fatto, “territorializza” la House of Commons introducendo un *cleavage* territoriale che non si articola intorno alla *neutralità* della constituency, intesa come distretto elettorale, ma intorno al *potenziale escludente* dell’appartenenza ad una specifica entità sub-nazionale. I deputati saranno chiamati al voto non necessariamente in base alle proprie convinzioni politiche o opinioni personali, ma in base al loro essere inglesi. Tale ancoraggio identitario, a sua volta, priva i deputati non inglesi del proprio diritto di voto. I timori della McKay Commission, che nel rapporto del marzo 2013 scoraggiava fortemente la soluzione poi prescelta dal Governo in quanto avrebbe creato “due classi di deputati”, si sono rivelati fondati. Al primo banco di prova della procedura EVEL, applicata per approvare l’Housing and Planning Act

(maggio 2016), è emerso il forte potenziale divisivo della stessa, in quanto alcuni deputati scozzesi hanno dichiarato durante il dibattito parlamentare di sentirsi, senza diritto di voto, “osservatori internazionali” e non, a pieno titolo, membri del Parlamento. Il paradosso è che uno strumento concepito per mitigare il senso di *unfairness* degli inglesi a fronte di un’ ulteriore devolution di poteri alla Scozia, e, dunque, per mantenere salda l’unità del Regno, ha suscitato il risentimento dei parlamentari scozzesi, che, se cavalcato dallo Scottish National Party, potrebbe alimentare la causa indipendentista.¹¹

Un secondo profilo problematico riguarda le implicazioni della procedura EVEL sulla concezione moderna di rappresentanza politica. Le moderne assemblee parlamentari si sono sviluppate intorno al cosiddetto *trustee model of representation*, che vede nel parlamentare il rappresentante dell’interesse generale, in netta opposizione al cosiddetto *delegate model of representation*, che vede nel parlamentare il rappresentante dell’interesse particolare dei propri mandatarî.¹² Quest’ultimo modello era infatti tipico della concezione patrimonialistica del potere politico radicata negli ordinamenti medievali, dove i membri del Parlamento, convocati per autorizzare la Corona a riscuotere tributi, rappresentavano dinanzi ad essa istanze e *doléances* dei corpi sociali o delle contee di appartenenza. In tale contesto, la rappresentanza manteneva una matrice privatistica in cui il rappresentante soggiaceva all’obbligo giuridico di eseguire la volontà e le direttive del rappresentato. E’ solo quando il Parlamento, da Consiglio del Sovrano, si tramuta in assemblea legislativa (preposta dunque a deliberare e non a contrattare con la Corona) che il libero mandato comincia a prendere forma. La ricerca dell’interesse comune e l’affermazione della volontà generale sarebbero state inficiate da parlamentari vincolati a rispettare le direttive dei rappresentati, o promotori di un interesse *pre-costituito* rispetto al processo di deliberazione.

Sebbene la prima formalizzazione della concezione moderna di rappresentanza politica sia fatta risalire alla Costituzione francese del 1791, che codifica il divieto di mandato imperativo presente in molte costituzioni contemporanee, il *trustee model of representation* resta un’eredità della tradizione di common law e trova una forte affermazione nel celebre discorso di Edmund Burke agli elettori di Bristol del 3 novembre 1774: “il Parlamento non è un *congresso di ambasciatori di opposti e ostili interessi*...che ciascuno deve tutelare come agente o

¹¹ Un primo bilancio sull’attuazione della riforma è riscontrabile in G. Caravale, *op. cit.*, in particolare p. 163 ss., in cui l’Autrice nota che sino al 2017 la procedura ha riguardato meno di 15 disegni di legge e di 50 *statutory instruments*. Nel *Technical Review of the Standing Orders Related to English Votes for English Laws and the Procedures they Introduced (Presented to Parliament by the Leader of the House of Commons by Command of Her Majesty)* del marzo 2017 (par. 41), si dà inoltre conto delle modifiche agli Standing Orders proposte dal Governo approvate dalla House of Commons il 7 marzo 2017: “*These minor amendments ensured that MPs from England, Wales and Northern Ireland had the opportunity to give their consent to any change to income tax rates that affect their constituents, following the devolution of income tax rates and thresholds to the Scottish Parliament. ...All UK MPs will still be able to continue to vote on the Budget and all aspects of income tax. But, MPs representing constituencies in England, Wales and Northern Ireland will have an opportunity to approve matters that primarily affect their constituencies, such as the ‘main rates’ of income tax.*”.

¹² H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California Press, 1967.

avvocato; il parlamento è *assemblea deliberante* di una nazione, con *un solo interesse, quello dell'intero*". Invitando i parlamentari a non avere come guida "interessi e pregiudizi locali ma il bene generale", Burke si opponeva in modo feroce ad ogni forma di "authoritative instruction", e dunque di mandato imperativo, alla luce del semplice presupposto che l'attività legislativa deve essere una questione di "giudizio e di ragione" e non di "inclinazione". La procedura EVEL, nel canalizzare la deliberazione legislativa lungo linee territoriali che provocano frammentazioni identitarie, e nel sollecitare i parlamentari a perseguire l'interesse dell'entità sub-nazionale cui appartengono, sembra discostarsi da una tradizione costituzionale nella quale il neo-eletto dichiarava, pur essendo stato scelto da una specifica constituency, di sentirsi "not a member of Bristol", e quindi di una *parte*, "but a member of Parliament", e dunque dell'*intero*.

La rivendicazione sub-nazionale inglese, sfociata in una modifica del procedimento legislativo, in risposta alla rivendicazione sub-nazionale scozzese, veicolata attraverso un referendum sull'indipendenza e attraverso la richiesta di maggiori poteri con lo Scotland Act 2016, sono solo un esempio di quanto l'irrompere di un *nomos*¹³ territoriale stia mettendo sotto pressione i delicati e stratificati equilibri della *territorial constitution* della Gran Bretagna, equilibri destinati ad essere ulteriormente alterati dall'incontro/scontro con l'ordinamento sovranazionale e con la procedura di recesso ancora in corso, come si vedrà nei prossimi paragrafi.

3. L'impatto di Brexit sulla *territorial constitution* del Regno Unito

Come precedentemente evidenziato, le tensioni territoriali del Regno Unito sono in parte "costitutive", ossia legate all'asimmetria che ha sempre caratterizzato la storia e gli sviluppi dei diversi processi devolutivi, in parte ulteriormente acuite dal referendum sull'indipendenza scozzese, in parte suscettibili di essere verosimilmente aggravate dal referendum sulla Brexit del 23 giugno 2016. Giova qui ricordare il risultato fortemente asimmetrico di quest'ultimo referendum, che, pur favorendo l'uscita dall'Unione europea con un consenso pari al 51.89 per cento dei votanti, ha provocato una forte spaccatura tra le nazioni del Regno Unito. Come noto, infatti, il voto disaggregato attento alle realtà sub-nazionali mostra chiaramente quanto la maggioranza di Inghilterra e Galles si è consolidata intorno all'opzione *Leave* e la maggioranza di Scozia e Irlanda del Nord avrebbe preferito il *Remain*.¹⁴ Non è un caso che, proprio alla luce di tale spaccatura, all'indomani dell'esito, forse inaspettato, del referendum sulla Brexit, il dibattito politico-istituzionale ha paventato l'ipotesi di un secondo referendum sull'indipendenza della Scozia, la quale non avrebbe più interesse a far parte di un Regno Unito fuori dall'Unione europea avendo, con il 62 per cento dei voti, espresso una chiara

¹³ Cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, 1950, trad. it. *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello «Jus publicum europaeum»*, Milano, 1991.

¹⁴ R. Masterman, *Brexit and the Devolutionary Constitution*, forthcoming in *Special issue of the Global policy "Brexit. Past, Present and Future"* (2019)

preferenza per mantenere la *membership* dell'Unione europea. L'ipotesi di un secondo referendum era difatti presente nel manifesto politico presentato in vista delle elezioni del Parlamento scozzese del maggio 2016 dallo Scottish National Party, disposto a caldeggiarlo in caso il Regno Unito avesse intavolato le trattative per il recesso. In realtà, tale ipotesi è stata fortemente respinta un anno dopo dall'ex Premier Theresa May, che ha dichiarato la necessità di restare uniti nella negoziazione e respingere le possibili forze centrifughe (“we should be working together not pulling apart”)¹⁵ proprio in vista del recesso. Ciò nonostante, l'intento della premier scozzese Nicola Sturgeon a portare avanti tutte le procedure necessarie per indire un nuovo referendum sull'indipendenza scozzese a recesso compiuto resta saldo, così come la perplessità sulla potenzialità del Regno di restare ancora unito e di accomodare tutte le istanze, i bisogni e le diversità delle parti che lo compongono.¹⁶

L'impatto dirompente della Brexit sulla struttura territoriale interna del Regno Unito è dunque evidente ed è già sorretto da una decisiva discordanza degli esiti elettorali del referendum Brexit in ciascuna delle nazioni del Regno. Prima che le tensioni sfocino addirittura nella fine del Regno, attraverso un possibile secondo esito sull'indipendenza della Scozia, è interessante notare che le fratture territoriali si sono già riverberate nei rapporti “tra” Parlamenti, che, come dimostrano i prossimi paragrafi, si sono scontrati fortemente nell'approvazione della legislazione necessaria e prodromica al recesso dall'Unione, incrinando il consueto e tradizionale buon funzionamento della *Sewel Convention* (par. 3.1) e dando luogo alla prima impugnativa governativa da parte del governo del Regno Unito nei confronti di una proposta legislativa del Parlamento scozzese (par. 4).

3.1. La tensione territoriale “tra” Parlamenti: l'approvazione dell' EU Withdrawal Act e la non curanza per la *Sewel Convention*

In seguito all'avvio delle procedure per il recesso dall'Unione, è stato presentato alla House of Commons, il 13 luglio 2017, l'European Union Withdrawal Bill, il cui esplicito proposito è quello di abrogare l'European Communities Act del 1972 e di convertire, prima che il Regno Unito receda dall'Unione europea, il diritto dell'Unione europea attualmente in vigore in diritto interno, creando un apparato normativo che viene definito “retained EU law”. A tal fine, il Bill accorda un enorme potere all'attività legislativa “secondaria” dell'esecutivo (certamente più spedita dal punto di vista procedurale rispetto a quella ordinaria di natura parlamentare) sia nella concreta implementazione dell'accordo di recesso sia nell'attività di “correzione” della legislazione attualmente vigente. Alla luce delle innumerevoli interferenze sulle materie devolute, il Bill rientra a pieno titolo nell'ambito di applicazione della *Sewel Convention*, convenzione costituzionale di

¹⁵ Si veda l'intervista rilasciata alla BBC <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-39293513>

¹⁶ Si rinvia all'intervista del 6 settembre 2019: N. Sturgeon, “*Brexit or not, Scotland will be independent and will leave the EU*”, in https://www.repubblica.it/esteri/2019/09/06/news/nicola_sturgeon_brexit_or_not_scotland_will_be_independent_and_we_ll_join_eu_-235329272/?refresh_ce

antica tradizione e di recente codificata all'interno dello Scotland Act 2016, secondo cui il Parlamento di Westminster, per prassi, non legifera nell'ambito delle materie devolute senza il previo assenso dell'assemblea legislativa sub-nazionale.

Nonostante la finalità espressa dell'EU Withdrawal Bill sia quella di garantire continuità alla fruizione dei diritti derivanti dal diritto dell'UE dopo il recesso e di evitare aporie e incongruenze del cosiddetto "retained EU law", le *devolved legislatures* hanno accusato il Bill di costituire una vera e propria "repatriation of power" che consentirebbe al governo centrale di gestire tutte le competenze un tempo trasferite all'Unione, con significative interferenze nelle materie devolute e con un uso smisurato dei Ministerial order e della Henry VIII clause.¹⁷ Per questo motivo, il giorno in cui l'EU Withdrawal Bill è stato incardinato in seno alla House of Commons, il Primo ministro scozzese Nicola Sturgeon ed il Primo ministro del Galles Carwyn Jones hanno, con una dichiarazione congiunta, accusato il Governo britannico di aver avuto un approccio poco cooperativo ed hanno suggerito alle rispettive assemblee legislative di non approvare una *Legislative Consent Motion* a favore del Bill. Quest'ultimo è stato accusato di minare i principi fondanti della devolution e di essere "naked power-grab".¹⁸

2815

A prescindere da questa dichiarazione politica, dal *Legislative Consent Memorandum* (LMC) che motiva il rifiuto del consenso emergono alcuni nodi cruciali che si prova qui a sintetizzare. In primo luogo, tutte le clausole generali riguardanti sia la "riconversione" del diritto dell'UE in diritto interno, che il potere in capo all'esecutivo di "correggere" il corpo normativo che va sotto il nome di "retained EU law" sarebbero per certi versi indifferenti, o quanto meno trasversali, rispetto al riparto di competenze interne tra il Parlamento di Westminster e le *devolved legislatures*¹⁹. La priorità, dunque, sembrerebbe essere la "repatriation" dei poteri conferiti all'Unione rispetto all'articolazione interna dei poteri dettagliatamente stabilita dai devolved arrangements²⁰, che, attraverso atti del Parlamento (come ad esempio lo Scotland Act), definiscono la linea di confine tra materie riservate a Westminster e materie devolute. In tal modo, viene conferito in capo sia al Parlamento che al Governo del Regno Unito "the unilateral power to make decisions in devolved areas previously affected by EU law"²¹, avallando,

¹⁷ Sul potere delegato all'esecutivo, si guardino in particolare le clausole 7-9 del Bill. La Henry VIII clause è un istituto che consente al potere esecutivo di modificare lo statutory law.

¹⁸ La dichiarazione è disponibile al sito: <https://news.gov.scot/news/eu-withdrawal-bill>

¹⁹ Si vedano ad esempio sia le clausole 2 – 6, preposte a "preserve and retain EU law in domestic law, *including in areas within devolved competence*" (corsivo aggiunto), che le clausole 7 – 9 ("which provide powers for UK Ministers to correct retained EU law and implement international obligations and the withdrawal agreement with the EU, *including in devolved areas*" (corsivo aggiunto)).

²⁰ Legislative consent memorandum, par. 16

²¹ *Ivi*, par. 15.

come è stato osservato, una sorta di un “regulation creep” in nome della necessità di creare un comune framework normativo per meglio gestire il recesso.²²

Aldilà della natura trasversale, per certi versi indifferente alla distribuzione interna dei poteri, della “repatriation of powers”, il punto più spinoso dell’EU Withdrawal Bill è che esso consente all’ingente corpo normativo rappresentato dal retained EU law di venir poi modificato, per giunta attraverso la legislazione secondaria, principalmente dell’esecutivo britannico, che dunque finirebbe per limitare i poteri dell’assemblea legislativa scozzese.²³ Come si legge nel memorandum, “Given the scope of the powers in the Bill the Scottish Government believes that there should be a formal legislative requirement for Scottish Ministers’ consent before UK Ministers may exercise the powers in devolved areas. Scottish Ministers would be accountable to the Scottish Parliament for the exercise of their power of consent. The Scottish Government believes this approach provides the best balance of proper devolved involvement and oversight; and practical recognition of the likely volume of workload that faces governments and legislatures during withdrawal. However, the Government recognizes there could be other models for the appropriate level of involvement by the Parliament in these circumstances”.²⁴ Va precisato, infatti, che la *Sewel Convention* (e dunque la prassi di consultare il Parlamento scozzese in caso di possibili interferenze funzionali tra materie riservate a Westminster e materie devolute) non si estende alla legislazione delegata all’esecutivo e dunque il processo di recesso, se gestito principalmente dall’esecutivo britannico, sarebbe completamente sottratto al (pur blando) controllo dell’assemblea sub-nazionale garantito dalla convenzione costituzionale.

Alla luce delle argomentazioni suddette, attraverso il LCM del 12 settembre 2017, il Governo scozzese raccomanda al proprio Parlamento di non fornire il suo consenso al Bill così come incardinato alla House of Commons nel luglio del 2017.²⁵ Lo stesso LCM, come visto, apre a possibili collaborazioni con il Parlamento di Westminster per emendare il testo, specialmente per aumentare i poteri delle *devolved legislatures* nel processo di recesso, lasciando intendere che, se gli emendamenti fossero stati accettati, sarebbe stata accordata una *legislative consent motion*. Il Parlamento di Westminster ha invece ignorato non solo gli emendamenti proposti dai rappresentanti scozzesi (e dunque le istanze scozzesi presentate a livello nazionale), ma anche le argomentazioni del LCM (e dunque le istanze scozzesi presentate a livello sub-nazionale), procedendo ad approvare l’EU Withdrawal Bill nonostante la *Sewel Convention* imponga al Parlamento di Westminster “to not normally legislate” in caso di dissenso del Parlamento scozzese. Infatti, nonostante la decisione del Parlamento scozzese, votata il 15 maggio 2018, di non approvare la *legislative consent motion*, l’EU Withdrawal Bill,

²² R. Rawlings, *Brexit and the Territorial Constitution: Devolution, Reregulation and Inter-governmental Relations*, published by the Constitution Society at <https://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2017/10/Brexit-and-devolution-final-2.pdf>, p. 7

²³ Legislative consent memorandum, par. 22 e par. 25.

²⁴ *Ivi*, par. 32.

²⁵ *Ivi*, par. 38.

viene approvato dal Parlamento del Regno Unito ed entra in vigore come EU Withdrawal Act 2018 il 26 giugno.

Ora, se è vero che alla luce delle clausole di sovranità presenti in tutti i devolution arrangements²⁶ il mancato consenso all'EU withdrawal Act delle *devolved legislatures* è qualcosa che potrebbe essere “regretted but not more, as the UK Parliament would still be able to legislate for Brexit on its own preferred terms”²⁷, cosa poi accaduta, la scelta ha incrinato i rapporti tra Westminster e Holyrood. Infatti, il Governo scozzese, falliti i tentativi di emendare l'EU Withdrawal Act e vedendo aggirata la *best practice* della Sewel Convention, ha seguito una strategia alternativa: quella di presentare in seno al Parlamento scozzese un proprio “continuity bill” parallelo a quello del Regno Unito, con l'analoga finalità di convertire il diritto dell'UE che attualmente incide sulle materie devolute in diritto interno (in questo caso scozzese) prima di recedere dall'Unione. Scelta che è poi stata definita, mutuando una terminologia del diritto comparato, “an escalatory element of ‘uncooperative devolution’ ”²⁸ e che ha condotto alla prima impugnazione di una proposta legislativa del Parlamento scozzese da parte del Governo del Regno Unito.

4. La prima impugnazione di una proposta legislativa del Parlamento scozzese da parte del Governo del Regno Unito

2817

In venti anni di devolution, le possibili frizioni tra livelli di governo sono in genere risolte in via politica e non giudiziaria, e dunque “out of courts”, grazie sia alla cooperazione intergovernativa che ai meccanismi di raccordo tra assemblee quali la *Sewel Convention*. La casistica in materia di *devolution issues* legati ai conflitti di competenza aveva sinora sempre riguardato possibili illegittimità di atti del Parlamento scozzese, impugnati *ex post* dinanzi alla Corte Suprema su iniziativa di giudici comuni sollecitati da privati, ma mai un'impugnazione governativa di natura preventiva ai sensi della Section 33 dello Scotland Act. Dunque, ciò che preme sottolineare è che il primo e principale impatto della Brexit sulla devolution è quello di aver talmente esasperato la tensione “tra” parlamenti, da spostare il conflitto dal terreno politico a quello giurisdizionale, in seguito al fallimento dei consueti e strutturati rapporti di leale collaborazione tra Westminster e Holyrood.

La giurisdizionalizzazione del conflitto muove dal fatto che, dopo il rifiuto di concedere il proprio assenso all'EU Withdrawal Act 2018, entrato, come abbiamo visto, comunque in vigore nella non curanza della *Sewel Convention*, il Parlamento scozzese ha deciso di approvare un proprio atto legislativo con la medesima finalità dell'EU Withdrawal Act, ossia quella di garantire la continuità (relativamente alle materie devolute) al corpo normativo costituito dal diritto dell'Unione in seguito al recesso del Regno Unito dall'Unione. Ed è stato proprio

²⁶ Northern Ireland Act 1998, s 5(6); Scotland Act 1998, s 28(7); Government of Wales Act 2006, s 107(5).)

²⁷ A. Gordon, *Devolution, Brexit and the Sewel Convention*, 3.

²⁸ R. Rawlings, *op. cit.*, p. 28, citando Jessica Bulman-Pozen and Heather Gerken, ‘Uncooperative Federalism’ (2009) 118 *Yale Law Journal*.

questo EU (Legal Continuity) (Scotland) Bill, incardinato in seno al Parlamento scozzese il 27 febbraio 2018, ad essere impugnato come potenzialmente *ultra vires* in via preventiva (e dunque prima che ricevesse il Royal Assent), dinanzi alla Corte Suprema dagli UK Law Officers competenti ai sensi della Section 33 dello Scotland Act. Il Bill è stato approvato il 21 marzo 2018, ma, entro le quattro settimane previste dalla section 33(2) dello Scotland Act, esso è stato impugnato dinanzi alla Corte suprema ai sensi della section 33(1) dello Scotland Act, per cui “the Advocate General, the Lord Advocate or the Attorney General may refer the question of whether a Bill or any provision of a Bill would be within the legislative competence of the parliament to the Supreme Court for decision”.

Con una recente ed importantissima sentenza della Corte suprema resa, all'unanimità, il 13 dicembre 2018²⁹, la Corte è chiamata a pronunciarsi su un'impugnativa governativa che, in primo luogo accusa lo EU (Legal Continuity) (Scotland) Bill di essere nella sua interezza *ultra vires* perché ascrivibile alla materia riservata “international relations” di cui al paragrafo 7(1) dello Schedule 5 dello Scotland Act, che include espressamente anche le relazioni con l'Unione europea³⁰ tra le materie riservate a Westminster. Secondo la Corte, tuttavia, il Bill impugnato non ricade nell'ambito della materia riservata delle relazioni con l'Unione europea in quanto entrerà in vigore in un momento in cui non vi sarà alcuna relazione con l'Unione. Inoltre, il Bill, “does not purport to affect the way in which current negotiations between the UK and the EU are conducted. It simply regulates the legal consequences in Scotland of the cessation of EU law as a source of domestic law relating to devolved matters, which will result from the withdrawal from the EU already authorized by the UK Parliament”.³¹ E questa è una cosa che il Parlamento scozzese è competente a fare, purché non incida sull'elenco di materie riservate previste dallo Schedule 5 e sull'elenco di materie ed atti legislativi nazionali protetti da emendamento previsti dallo Schedule 4 dello Scotland Act.

In altri termini, se la Corte respinge il primo quesito volta ad invalidare lo EU (Legal Continuity) (Scotland) Bill nella sua interezza perché rientrante nella materia riservata “relazioni internazionali”, essa deve sincerarsi che nessuna delle disposizioni dello stesso confligga con i limiti di competenza fissati dallo Scotland Act. Il secondo (e più spinoso) quesito cui la Corte è chiamata a rispondere non riguarda infatti l'intero Bill ma una singola controversa disposizione, la section 17, che secondo i ricorrenti esorbita dalla sfera di competenza del Parlamento scozzese. La section 17, intitolata “Requirement for Scottish Minister's consent to certain subordinate legislation”, richiede che vi sia il consenso di un ministro scozzese ogni qual volta la legislazione secondaria che l'EU Withdrawal Act 2018 mette in campo per rendere coerente e concretamente operativo il corpo normativo

²⁹ The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – *A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland) (2018) UKSC 64*, 13 dicembre 2018.

³⁰ *Ivi*, par. 23-36.

³¹ *Ivi*, par. 33.

del “retained EU law” impatti sulle materie devolute.³² Come intuibile, tale disposizione rappresenta l’epifania giuridica delle principali contestazioni politiche sollevate dagli scozzesi durante il processo di approvazione dell’EU Withdrawal Act, che aveva poi indotto il Parlamento scozzese, chiamato a pronunciarsi alla luce della *Sewel convention*, a non dare il proprio consenso all’approvazione dell’atto. Contestazioni che riguardavano, appunto, l’uso abnorme della legislazione secondaria (e dunque dell’esecutivo) nel farraginoso processo di rendere “domestico” il diritto dell’Unione. E’ chiaro, dunque, che la *ratio* della Section 17 della proposta legislativa scozzese è quella di recuperare, attraverso un atto legislativo subnazionale, quello che non si era riusciti ad ottenere a livello centrale né negoziando con il governo del Regno Unito né proponendo emendamenti più attenti al ruolo delle *devolved legislatures* nel processo di recesso. Giova qui ricordare che, mentre nel caso in cui un atto legislativo del Regno Unito incida su (o alteri) una materia devoluta, il Parlamento scozzese può far sentire la propria voce alla luce della *Sewel Convention*, ciò non accade se, come l’EU Withdrawal Act 2018 lascia intendere, il delicato processo di rendere coerente ed operativo il “retained EU law” sarà gestito quasi interamente dalla legislazione secondaria dell’esecutivo. Definirei dunque la Section 17 una sorta di *Sewel Convention* “traslata” dal piano del consenso e del raccordo tra assemblee legislative al piano del consenso e del raccordo sul piano intergovernativo.³³

La Corte Suprema risponde alla questione mantenendo un approccio testuale allo Scotland Act e ricordando che il potere legislativo del Parlamento scozzese è considerato al di fuori della sua competenza non solo se incide su materie riservate di cui allo Schedule 5 (Section 29(2), lettera b) dello Scotland Act), ma anche se viola le restrizioni di cui allo Schedule 4 (Section 29(2), lettera c)). Tra le restrizioni di cui allo Schedule 4, la Corte ritiene rilevante quella di cui al paragrafo 4(1), per cui “An Act of the Scottish Parliament cannot modify, or confer power by subordinate legislation to modify, this Act”. In altri termini, lo Scotland Act 1998, nel momento in cui conferisce potere legislativo al Parlamento scozzese, specifica che i futuri atti di questo parlamento non potranno modificare lo Scotland Act, ossia il proprio atto costitutivo emesso dal Parlamento sovrano di Westminster, creando una latente e implicita “gerarchia” tra la fonte legislativa subnazionale quella “nazionale” che la crea. La tesi della Corte Suprema è che la section 17 dell’EU (Legal Continuity) (Scotland) Bill, nel richiedere il consenso di un ministro scozzese ogni qualvolta la legislazione secondaria del Regno incida sulle materie devolute, è illegittima in quanto andrebbe a modificare la section 28(7) dello Scotland Act, ossia quella clausola di “sovranità” per cui il conferimento di poteri legislativi al Parlamento scozzese “does not affect the power of the Parliament of

³² Nella sua parte concretamente operativa la Section 17(2) recita: “The subordinate legislation, to the extent that it contains devolved provision is of no effect unless the consent of the Scottish Ministers was obtained before it was made, confirmed or approved”.

³³ The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – *A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland) (2018) UKSC 64*, 13 dicembre 2018, par. 57-59.

the United Kingdom to make laws for Scotland”.³⁴ Infatti, stabilire, come fa la section 17, che un atto del Parlamento di Westminster (nella fattispecie concreta l’EU Withdrawal Act), che delega ai ministri della Corona il potere di approvare legislazione secondaria, “would be of no effect unless the Scottish Ministers consent to the subordinate legislation in question” sarebbe “inconsistent with the sovereign power of the UK Parliament to legislate for Scotland”³⁵. Più nello specifico, “inconsistent with the *continued recognition of its unqualified sovereignty*, and therefore tantamount to an amendment of section 28(7) of the Scotland Act”.³⁶

5. Considerazioni conclusive

Il Regno Unito rappresenta un caso di studio molto interessante per guardare al tema del rapporto tra Parlamenti e struttura territoriale dello Stato. In assenza di una seconda camera rappresentativa dei territori come luogo di incontro e compromesso tra le nazioni del Regno, recenti fenomeni sia di natura endogena (l’approfondimento del processo di devolution con l’entrata in vigore dello Scotland Act 2016) sia di natura esogena (la scelta di recedere dall’Unione europea) hanno creato tensioni sia “nel” Parlamento sovrano di Westminster che “tra” quest’ultimo ed il Parlamento scozzese.

Già prima che fosse avviato il processo di Brexit, la preoccupazione per la tenuta unitaria del Regno era stata palesata dalla House of Lords, nel suo Report “*The Union and Devolution*”, fortemente critico nei confronti della cosiddetta “devolve and forget strategy”, ossia delle strategia politico-istituzionale che ha per diversi anni potenziato le autonomie senza accuratamente valutare il potenziale impatto della *devolution* sull’unità del Regno, e dunque ad accomodare questa o quella istanza delle “parti” senza sincerarsi di tenere unito il “tutto”. Dopo aver considerato il referendum sull’indipendenza della Scozia una “minaccia esistenziale” alla consolidata flessibilità e resilienza della costituzione del Regno Unito, il Report esplicitamente lamenta la mancanza di una visione di insieme, di una “*guiding strategy ...to ensure that devolution develops in a coherent or consistent manner and in ways which do not harm the Union*. Instead, successive Governments have responded individually to demands from each nation...with different constitutional conversations taking place separately in different parts of the country”.³⁷ Al contrario, suggerisce la House of Lords, “devolution needs to be viewed through the lens of the Union, with appropriate consideration given to the needs of, and consequences for, *the Union as a whole*”.³⁸

E invece, in un quadro in cui già la devolution aveva creato le fratture interne al Regno, portando gli scozzesi alla richiesta di maggiore autonomia, e, conseguentemente, gli inglesi alla richiesta di maggiore rappresentanza in seno al

³⁴ *Ivi*, par. 41.

³⁵ *Ivi*, par. 43.

³⁶ *Ivi*, par. 53.

³⁷ House of Lords, Select Committee on the Constitution, *The Union and Devolution*, HL Paper 149, 25 May 2016, p. 109-110, corsivo aggiunto.

³⁸ *Ibidem*.

Parlamento per aggirare la “constitutional unfairness” rappresentata dalla *West Lothian Question*, il processo di Brexit subentra non solo e non tanto a “fotografare” tali fratture interne, come dimostrano gli esiti sostanzialmente dissonanti del voto sul recesso dall’Unione nelle diverse parti del Regno, ma, per certi versi, ad acuirle. Infatti, quel *cleavage* territoriale spinto all’interno del procedimento legislativo tramite la procedura EVEL, e dunque “nel” Parlamento, non stenta a riproporsi anche in uno scontro “tra” Parlamenti, proprio in occasione del voto sull’EU Withdrawal Act 2018. Scontro sintomatico non solo di due visioni contrapposte in merito al recesso dell’Unione dal Regno, ma anche di un indebolimento della *Sewel Convention*, che ha sempre garantito, in venti anni di devolution, un raccordo tra livelli di governo privo di significative frizioni. Dopo la sentenza *Miller I*, che, benché riguardante principalmente i rapporti tra Parlamento e prerogative della Corona nella gestione Brexit, aveva comunque ridimensionato i poteri delle *devolved legislatures*, ridimensionando il ruolo della *Sewel Convention* e sopendo gli entusiasmi sulla sua recente codificazione statutaria nello Scotland Act³⁹, anche la sentenza sopra analizzata rappresenta un duro colpo per assemblee sub-nazionali, la cui competenza legislativa è destinata a recedere di fronte a quell’ “unqualified legislative power” del Parlamento sovrano di Westminster rappresentato dalla Section 28(7) dello Scotland Act. Degno di nota, in conclusione, è che le fratture territoriali esplorate in questo contributo, e la conseguente incapacità politica di gestire i conflitti tra poteri, stanno alterando (e potenziando) il ruolo del potere giurisdizionale nel Regno Unito. Se in seguito alle sentenze *Miller I* e *Miller II* è possibile asserire che “il sindacato giurisdizionale sulle dinamiche della forma di governo prende definitivamente piede a Londra”⁴⁰, la sentenza sulla parziale illegittimità dell’EU (Legal Continuity) (Scotland) Bill mette in risalto quanto la Corte Suprema potrà rafforzare il sindacato giurisdizionale anche sulla forma di Stato e sui possibili conflitti di competenza tra Parlamento di Westminster e assemblee legislative subnazionali che, proprio nella difficoltosa gestione del processo di recesso, hanno abbandonato la storica e consolidata attitudine cooperativa.

³⁹ Il contenuto della convenzione è infatti attualmente codificato nell’articolo 28(8) dello Scotland Act 2016

⁴⁰ G. Ferrari, *op. cit.*

I Parlamenti nazionali preferiscono dialogare con i propri Governi o con le Istituzioni europee?

di Pierpaolo Ianni

Abstract: Do National Parliaments prefer to dialogue with their Governments or with European institutions? This paper deals with the role of National Parliaments in Italy, Germany and United Kingdom in dialoguing with their Governments and European institutions. The article focuses on a comparative analysis of parliamentary procedures, instruments and practices in order to examine the respective roles of European institutions and National Parliaments in the European framework. National Parliaments can contribute to making the European Union more or less effective. After the Treaty of Lisbon they are called on to play a more important role in the European law-making process, particularly in the pre-legislative dialogue with European institutions and in the monitoring of the enforcement of the subsidiarity principle in European legislation proposals.

Summary: 1. Premessa – 2. Il ruolo del Parlamento italiano – 3. Il ruolo del Parlamento tedesco – 3. (segue): ulteriori forme di coinvolgimento dei parlamenti nazionali a livello europeo – 4. Il ruolo del Parlamento britannico – 5. Conclusioni

2823

Keywords: National Parliaments, European Union, Governments, Italy, Germany, United Kingdom.

1. Premessa

I Parlamenti nazionali hanno risentito delle limitazioni di sovranità conseguenti alla partecipazione al progetto europeo, essendo sottoposti, come evidenziato da autorevoli studiosi, ad un «double Exécutif, national et communautaire»¹. L'esigenza di un maggior coinvolgimento dei Parlamenti ha trovato un parziale riconoscimento nell'art. 12 del T.U.E. e nelle disposizioni presenti nel *Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali* (Protocollo n. 1) e nel *Protocollo sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità* (Protocollo n. 2), allegati al Trattato di Lisbona. Tali innovazioni e la loro applicazione sono state oggetto di un articolato dibattito, che ha contribuito ad evidenziare le debolezze e le criticità ancora presenti nel rapporto tra Parlamenti, Governi ed Istituzioni europee².

¹ G. Laprat, *Rèforme des Traités: le risqué du Double Déficit Démocratique. Les Parlements nationaux et l'élaboration de la Norme Communautaire*, in *Revue du Marché Commun*, n. 351, 1991, pp. 710 e ss..

² P. Bilancia, *The Role and the Power of European National Parliaments in the Dynamics of Integration*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2009, pp. 273 e ss.; L. S.

Le Assemblee legislative nazionali, nel tentativo di recuperare centralità, hanno potenziato il controllo politico sull'operato dei propri esecutivi in base alle norme costituzionali, alle leggi, ai regolamenti e alle consuetudini parlamentari di ciascun Paese.

Il ruolo dei Parlamenti nazionali si concretizza sia nella *fase ascendente*, che in quella *discendente*, avvalendosi dell'attività di organismi parlamentari specializzati, la cui istituzione è stata necessaria per gestire al meglio gli impegni connessi alla partecipazione al progetto europeo. Nelle esperienze parlamentari italiana, tedesca e britannica sono state istituite e potenziate apposite Commissioni per gli affari europei in entrambi i rami del Parlamento³. Il ruolo di tali organismi è stato rafforzato dopo la ratifica del Trattato di Lisbona, attraverso interventi legislativi e modifiche regolamentari più o meno tempestive.

Inoltre è maturata l'esigenza di valorizzare il ruolo dei Parlamenti nazionali, rendendo più stabili forme di cooperazione interparlamentare. Sono stati incrementati i momenti di confronto interparlamentare e dialogo con le Istituzioni europee, anche attraverso organismi *ad hoc*, tra cui la COSAC (Conferenza degli organi parlamentari specializzati negli affari europei dei parlamenti dell'U.E.).

Parallelamente la Commissione europea ha mantenuto e perfezionato il *dialogo politico* avviato nel 2006. Fin dal suo insediamento il Vicepresidente della Commissione Frans Timmermans ha adottato una serie di iniziative volte a valorizzare e rafforzare il dialogo con i Parlamenti nazionali, in particolare attraverso una presenza sistematica dei commissari europei presso i Parlamenti nazionali, per discutere le proposte legislative e le altre iniziative della Commissione europea più rilevanti e per migliorare la qualità delle risposte della Commissione alle osservazioni formulate dai Parlamenti in esito all'esame di atti europei.

Rossi, *Gli instabili equilibri istituzionali dell'Unione europea*, in *Prove d'Europa unita*, a cura di G. Amato, R. Gualtieri, Firenze, 2013, p. 267; C. Morviducci, *Parlamenti nazionali (ruolo nell'UE)*, in *Enc. Dir.*, Ann. VII, Milano, 2013, pp. 593 e ss.; A. Manzella, *Verso un governo parlamentare euro-nazionale?*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, a cura di A. Manzella e N. Lupo, Torino, 2014, p. 1; N. Lupo, *Parlamento Europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione composita nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, 2014; F. Lanchester, *Luci e ombre delle istituzioni parlamentari in Europa*, in *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, Atti del convegno (Roma, 12-13 maggio 2015), a cura di F. Lanchester, Varese, 2016, pp. 3 e ss..

³ In Italia la *Commissione politiche dell'Unione europea* presso il Senato della Repubblica e presso la Camera dei deputati; nella Repubblica Federale Tedesca la *Ausschuss für Fragen der Europäischen Union* presso il *Bundesrat* e la *Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union* presso il *Bundestag*; in Regno Unito la *European Union Committee* presso la *House of Lords* e la *European Scrutiny Committee* presso la *House of Commons*.

2. Il ruolo del Parlamento italiano

L'Italia ha risposto all'esigenza di un maggior coinvolgimento del proprio Parlamento sia per quanto riguarda la *fase ascendente*, sia quella *discendente*, con l'approvazione della legge 24 dicembre 2012, n. 234⁴. Suddetta legge ha contribuito a valorizzare il ruolo del Parlamento italiano e ad assegnare ad esso più incisivi poteri. La legge 234/2012 rappresenta l'epilogo di un lungo *iter* legislativo, che ha impegnato quasi l'intera XVI legislatura, ed è erede di una serie di disegni di legge che dal 1987 hanno cercato di realizzare più efficaci procedure d'integrazione del diritto di derivazione europea nell'ordinamento nazionale.

Alla riforma del 2012 si è aggiunta quella del Regolamento del Senato, che è stato modificato accogliendo innovazioni in merito alle competenze e alla composizione della 14^a Commissione politiche dell'Unione europea. A seguito della riforma regolamentare, approvata dall'Assemblea di Palazzo Madama il 20 dicembre 2017, la composizione della 14^a Commissione è stata equiparata a quella delle altre tredici commissioni permanenti del Senato, con il superamento della necessità dei suoi componenti di essere contemporaneamente membri di un'ulteriore commissione⁵. La riforma regolamentare ha inoltre attribuito alla 14^a Commissione del Senato, similmente a quanto avviene alla Camera dei deputati, una competenza esclusiva nella valutazione del rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità degli atti legislativi dell'Unione europea⁶. Le commissioni permanenti possono porre rilievi sul rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità, ma devono trasmetterli alla 14^a Commissione, che può pronunciarsi in via definitiva, o rinviare l'esame all'Assemblea se lo richiedono o il Governo o un quinto dei componenti della stessa Commissione politiche dell'Unione europea⁷.

⁴ Sulla legge n. 234/2012 si veda P. Caretti, *La legge n. 234/2012 che disciplina la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, in *Le Regioni*, n. 5-6, 2012, pp. 838 ss.; G. Piccirilli, *Approvata la nuova legge sulla partecipazione dell'Italia all'UE*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2013; G. Rivosocchi, *La partecipazione dell'Italia alla formazione e attuazione della normativa europea. Il ruolo del Parlamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2013, p. 465; A. Esposito, *La legge n. 234/2012 sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea. Parte I – Prime riflessioni sul ruolo delle Camere*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2013.

⁵ La precedente formulazione dell'art. 21 Reg. Sen., prevedeva che i membri designati a comporre la 14^a Commissione permanente del Senato fossero in ogni caso componenti anche di altra Commissione permanente. A tal fine ciascun Gruppo parlamentare designava i propri rappresentanti nella 14^a Commissione successivamente alla composizione delle altre tredici Commissioni permanenti. Il Presidente del Senato promuoveva le intese necessarie perché nella composizione della 14^a Commissione fosse rispettato, per quanto possibile, il criterio della proporzionalità e perché essa fosse formata da tre senatori appartenenti a ciascuna delle Commissioni 1^a, 3^a, 5^a e da due senatori appartenenti a ciascuna delle altre Commissioni.

⁶ Art. 144, comma 1 bis, Reg. Sen..

⁷ Art. 144, comma 5 ter, Reg. Sen..

Analizzando i lavori parlamentari e gli atti approvati dal 2009 al 2018 emergono alcuni criteri di base, seguiti da Camera dei deputati e Senato della Repubblica.

L'adeguamento legislativo alle innovazioni introdotte nella *fase ascendente e discendente* ha seguito due importanti e coerenti linee di intervento.

La prima attiene al fatto che il Parlamento italiano ha mantenuto un'impostazione tendenzialmente federalista della visione dell'assetto costituzionale europeo. Ciò è stato confermato durante la XVI legislatura nel dibattito parlamentare che ha portato all'approvazione della legge 234/2012⁸ ed emerge da diversi atti di indirizzo della XVII legislatura, dove viene evidenziato che l'obiettivo dell'Italia dovrebbe essere nel medio/lungo termine la costituzione degli Stati Uniti d'Europa⁹. Proprio per questo il 14 settembre 2015 la Presidente della Camera dei deputati, Laura Boldrini, ha firmato insieme al Presidente del *Bundestag* tedesco, Norbert Lammert, al Presidente dell'*Assemblée nationale* francese, Claude Bartolone e al Presidente della *Chambre des Députés* lussemburghese, Mars Di Bartolomeo, una dichiarazione congiunta intitolata *Più integrazione europea: la strada da percorrere*, che prevede come esito ultimo del processo di integrazione una federazione di Stati. Conseguentemente sia alla Camera che al Senato si è mantenuta ferma questa impostazione: evitare di utilizzare i poteri previsti dal proprio ordinamento e dai Trattati in una chiave di mera tutela dell'interesse nazionale e soprattutto di antagonismo e contrapposizione rispetto alle iniziative dell'Unione europea, in particolare quelle volte ad una maggiore integrazione.

Un secondo elemento riguarda gli aspetti legati al *drafting* legislativo. Nell'esperienza parlamentare italiana è emersa l'esigenza di valorizzare il ruolo del Parlamento ispirandosi ai modelli già sviluppati in altri Stati membri¹⁰. Nella stesura della legge 234/2012 il legislatore italiano si è ispirato al modello tedesco, per esempio per il raccordo con la rappresentanza permanente presso l'Unione europea, che è chiaramente ripreso dalla *Legge sulla cooperazione tra*

⁸ Camera dei Deputati, XVI Legislatura, *Resoconto dell'Assemblea, Seduta n. 451*, Roma, 23 marzo 2011, pp. 18 e ss..

⁹ Camera dei Deputati, XVII Legislatura, *Risoluzione n. 6-00155, Seduta n. 479*, Roma, 10 settembre 2015, p. 9.

¹⁰ Camera dei Deputati, XVI Legislatura, *Resoconto dell'Assemblea, Seduta n. 45*, Roma, 23 marzo 2011, p. 17: «[...] non potevamo seguire un approccio minimalista, ma dovevamo procedere ad un riassetto generale degli strumenti di partecipazione delle Camere alla formazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione europea. Abbiamo fatto questo guardando anche ai modelli migliori [...] dei rapporti tra Parlamento e Governo che esistono nei vari Stati membri, che tra l'altro fanno scelte concrete di politica europea di tipo diverso. È noto che la politica europea del Regno Unito non è quella della Germania, ma Regno Unito, Germania e Paesi nordici, i nuovi Stati membri che hanno guardato ai modelli più efficaci di rapporto tra Parlamento e Governo hanno tutti dei sistemi che sono molto più stringenti nel rapporto tra Parlamento e Governo - sia nella cosiddetta fase ascendente che anche nella fase di controllo discendente - rispetto a quello che noi oggi abbiamo, ma che ci accingiamo a modificare».

*Governo federale e Bundestag*¹¹, oppure per i contenuti ai quali si conforma la relazione ex art. 6, comma 4 della legge 234/2012, che deve essere trasmessa alle Camere su ogni progetto di atto legislativo. In alcuni casi si riscontra proprio un calco sulle disposizioni dell'ordinamento tedesco, tuttavia una cosa è ispirarsi al *Bundestag*, un'altra è raggiungere nei fatti una pari incidenza sulla formazione della posizione nazionale e più in generale sulla composizione delle decisioni europee. L'ordinamento tedesco compare nuovamente come modello nel dibattito parlamentare italiano nella XVII legislatura, laddove per la modifica regolamentare al Senato è stata avanzata una proposta emendativa al fine di garantire la partecipazione ai lavori della 14^a Commissione permanente dei «membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia»¹². Suddetta proposta è ispirata all'art. 93b, comma 8, del Regolamento del *Bundestag* ed è in linea con il metodo prefigurato nella seduta del 23 luglio 2013, allorché la Commissione politiche dell'Unione europea del Senato ha svolto un'importante audizione di alcuni europarlamentari italiani, in cui è emersa l'esigenza di uno stretto raccordo tra i deputati italiani del Parlamento europeo ed i componenti della 14^a Commissione, nella prospettiva di una più costante interlocuzione sulle diverse fasi della produzione normativa europea e nazionale. La proposta inoltre è coerente alla Risoluzione approvata dalla 14^a Commissione il 23 ottobre 2013 sull'affare assegnato n. 153, riguardante il *Rafforzamento della partecipazione del Senato della Repubblica alla formazione della legislazione europea*. Nella Risoluzione è affermato che l'approccio del Senato deve essere improntato ad un'istruttoria approfondita, da realizzare anche con «un rapporto di continuo contatto con i componenti italiani del Parlamento europeo»¹³.

Il rapporto tra Governo e Parlamento sulle questioni europee storicamente è caratterizzato da una netta prevalenza dell'Esecutivo, ma a seguito dell'entrata in vigore della legge 234/2012 è stato riconosciuto un maggiore ruolo alle due Camere. Anche se gli strumenti e la capacità di controllo e di informazione del Parlamento sono stati per molto tempo limitati, si riscontra, alla luce dei calendari parlamentari di Senato e Camera, un'evoluzione del dialogo e dei momenti dedicati al confronto con il Presidente del Consiglio su questioni europee. Dal novembre 2011, a partire dall'insediamento del Governo Monti, il Senato e la Camera svolgono sistematicamente sedute per le comunicazioni in Aula del Capo del Governo prima del Consiglio europeo. La partecipazione del Presidente del Consiglio dei Ministri, con un confronto aperto in Assemblea, è

¹¹ Senato della Repubblica, XVI Legislatura, *Resoconto di seduta, Seduta n. 818*, Roma, 23 ottobre 2012, p. 57: «[...] come nel caso tedesco dove la legge sulla cooperazione tra Governo federale e *Bundestag* dispone la trasmissione a quest'ultimo delle Istruzioni rivolte dai Ministri competenti alla Rappresentanza permanente in occasione delle riunioni del COREPER e di altri comitati e gruppi di lavoro del Consiglio».

¹² Senato della Repubblica, Legislatura XVII, 14^a Commissione permanente, *Resoconto sommario, Seduta n. 29*, Roma, 20 novembre 2013.

¹³ Senato della Repubblica, XVII Legislatura, 14^a Commissione permanente, *Risoluzione, Rafforzamento della partecipazione del Senato della Repubblica alla formazione della legislazione europea (Doc. XXIV, n. 11)*, Roma, 23 ottobre 2013.

stata altresì valorizzata, dal punto di vista mediatico, dall'introduzione di dirette televisive delle sedute parlamentari, che precedono la convocazione del Consiglio europeo.

Si è consolidata la consapevolezza nella classe politica italiana del ruolo centrale del Consiglio europeo come *policy maker*, *policy shaper*, come il soggetto che formula non solo l'indirizzo politico, ma molto spesso anche il contenuto essenziale delle maggiori decisioni di natura normativa dell'Unione europea e questo non vale soltanto per le misure varate a fronte della crisi finanziaria, ma per qualunque pacchetto legislativo da quelli sul clima, a quelli sull'Unione bancaria adottati in questi anni dall'U.E..

Analizzando gli atti depositati, risulta un aumento esponenziale delle risoluzioni o mozioni approvate in Aula; questo perché da parte dei Gruppi parlamentari c'è la tendenza da un lato ad assumere consapevolezza della rilevanza dell'intervento europeo in qualunque settore, dall'altro la volontà di spostare lo scontro politico nazionale su temi europei proprio in ragione della loro rilevanza.

Un primo risultato, raggiunto dalla riforma del 2012, è stato quindi quello di rafforzare il raccordo e il dialogo parlamentare con il Governo, affinché procedesse ad un adempimento costante e regolare dei suoi obblighi a cominciare da quelli informativi e ciò per rendere effettivo l'esercizio della funzione di indirizzo e controllo ex art. 7 della legge 234/2012, che afferma: «il Governo assicura che la posizione rappresentata dall'Italia in sede di Consiglio dell'Unione europea [...] sia coerente con gli indirizzi definiti dalle Camere in relazione all'oggetto di tale posizione».

In relazione alla questione dell'ottemperanza e dell'allineamento effettivo del Governo alle linee guida e alle proposte indicate da Senato e Camera, oggettivamente non esiste un *feedback* sistematico sul seguito dato dal Governo agli indirizzi parlamentari. Lo strumento che, almeno a posteriori, dopo diversi mesi, dovrebbe consentire il controllo, è la *Relazione consuntiva annuale sulla partecipazione dell'Italia all'U.E.*

Emerge poi un problema di disallineamento fra le sedute che precedono il Consiglio europeo e le riunioni del Consiglio dei ministri dell'Unione europea. In via di prassi questo raccordo fra Governo e Parlamento non è in realtà così sistematico e ancora andrebbe migliorato sotto molti punti di vista, nel senso che non si è realizzato un legame continuo, un rapporto basato sul dialogo costante fra il Ministro competente, che rappresenta la posizione italiana a Bruxelles, e le Commissioni parlamentari specializzate per materia.

Inoltre si registra un incremento dei momenti di confronto con le Istituzioni europee attraverso un potenziamento del *dialogo politico* e tramite l'audizione di membri della Commissione europea presso il Senato e la Camera.

In passato il Parlamento italiano è stato additato nei rapporti COSAC e negli studi comparatistici come un *parlamento debole*. Negli ultimi anni

pubblicazioni straniere¹⁴, almeno sul piano delle innovazioni dell'apparato normativo, rendono merito al tentativo, attuato dal legislatore e anche dagli organi parlamentari, di adeguare gli strumenti a disposizione delle due Camere. Tuttavia le modalità, con cui avviene la partecipazione dell'Italia al processo di integrazione, sembrano confermare la netta tendenza, già in atto da tempo, di un indebolimento del ruolo del Parlamento a favore dell'Esecutivo¹⁵, pur in presenza, in questo ambito, di disposizioni legislative contenute nella legge 234/2012, che consentirebbero una qualificata partecipazione delle Camere al processo di integrazione europea.

La XVIII legislatura sembrava aprire al suo principio nuovi sviluppi sulle politiche U.E. ed un'evoluzione nei complessi rapporti tra Parlamento, Governo ed Istituzioni europee. Tuttavia ad oggi non si registrano innovazioni di rilievo, rispetto alle prassi già adottate.

3. Il ruolo del Parlamento tedesco

Nella Repubblica federale tedesca il dialogo instauratosi tra Parlamento e Governo federale si differenzia in base alle diverse funzioni attribuite a *Bundesrat* e *Bundestag*. I *Länder*, i cui interessi sono rappresentati nel *Bundesrat*, hanno avuto storicamente un ruolo non trascurabile nel processo di integrazione europea, rivendicando propri spazi decisionali. Il *Bundesrat* non si è limitato a ricevere passivamente da parte del Governo federale il flusso informativo in tema di politiche europee. La Camera alta tedesca si è sempre impegnata affinché i *Länder* non fossero esclusi dal coinvolgimento nelle decisioni assunte a livello europeo e, parallelamente al dialogo con il Governo federale, ha aperto fin dai primi Trattati¹⁶ canali informativi autonomi. Il *Länderbeobachter* (Osservatore dei *Länder*) presso la Comunità, viene istituito già nel 1956 con il compito di acquisire informazioni direttamente dalle istituzioni europee¹⁷ e nel 1957, per gestire al meglio le questioni legate agli affari europei, viene costituita una Commissione speciale denominata *Gemeinsamer Markt und Freihandelszone* (Mercato comune e zona di libero scambio).

¹⁴ *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, a cura di C. Heffler, C. Neuhold, O. Rozenberg, J. Smith, Basingstoke, 2015; cfr. anche D. Fromage, *Les parlements dans l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: la participation des parlements allemands, britanniques, espagnols, français et italiens*, Paris, 2015.

¹⁵ Cfr. F. Scuto, *L'evoluzione del rapporto Parlamento-Governo nella formazione e nell'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2015.

¹⁶ Già in occasione della ratifica del Trattato C.E.C.A. nell'anno 1951, l'allora *Ministerpräsident* del *Land Nordrhein Westfalen* Karl Arnold indicò il pericolo che i *Länder* fossero esclusi da ogni partecipazione alle decisioni prese a livello europeo e fossero «degradati a pure entità amministrative» cfr. C. Schöndube, *Il federalismo tedesco contro l'unificazione europea?*, in *The Federalist*, n. 3, 1987, pp. 198 e ss..

¹⁷ R.W. Strhmeier, *Möglichkeiten der Einflussnahme auf den Entscheidungsprozess der Europäischen Gemeinschaften durch die Deutschen Bundesländer nach Einrichtung von Länderbüros in Brüssel*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1988, p. 125.

La Camera alta tedesca ha ribadito in più occasioni le proprie prerogative nelle materie che riguardano direttamente le competenze e gli interessi dei *Länder*. La resistenza dei *Länder* ad uno svuotamento delle proprie competenze non è da considerare come il mero tentativo di frenare la costruzione dell'U.E., «ma deve essere vista come opposizione dei livelli inferiori, ai quali fino ad oggi è stato consentito assumere decisioni politiche, al tentativo di degradarli a mere entità amministrative in campi in cui è possibile l'indipendenza federale»¹⁸.

Tuttavia non sono mancate voci critiche nei confronti delle funzioni e degli strumenti di partecipazione attribuiti alle due Camere, ora troppo deboli per compensare il c.d. *deficit democratico* e riequilibrare un tendenziale decentramento della funzione normativa a vantaggio dell'Esecutivo, ora troppo rigidi nell'ascrivere al *Bundesrat* un sostanziale diritto di veto e la possibilità di compromettere gli interessi tedeschi, limitando la capacità negoziale del Governo federale in sede europea.

È la *Grundgesetz* che garantisce che il *Bundestag* ed i *Länder*, questi ultimi attraverso il *Bundesrat*, dispongano di tutte le informazioni necessarie per predisporre un'istruttoria adeguata sui più importanti progetti europei. L'importanza attribuita alle questioni europee è tale che la *Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union* del *Bundestag*¹⁹ è una delle poche commissioni parlamentari esplicitamente menzionate nella Costituzione tedesca²⁰. I membri della Commissione dispongono presso il *Bundestag* della più ampia sala della *Paul-Löbe-Haus*, dove si svolgono le sedute, le audizioni pubbliche e anche le conferenze internazionali²¹.

Il secondo comma dell'art. 23 *Grundgesetz* obbliga il Governo federale ad informare le due Camere «in modo circostanziato e senza indugio» sulle questioni attinenti all'U.E.. Questo obbligo di informazione è amplissimo e riguarda non solo le proposte normative, ma tutti i documenti della Commissione europea, nonché gli atti ed i verbali delle sedute del Consiglio europeo, del Consiglio dei Ministri e dei suoi Comitati, in specie del Comitato dei Rappresentanti permanenti (COREPER), oltre che i documenti e le informazioni sulle iniziative del Governo federale. È innegabile che la scelta di dare un'interpretazione quanto più puntuale dei diritti di partecipazione del

¹⁸ Schöndube, *Il federalismo tedesco contro l'unificazione europea?*, cit., pp. 198 e ss..

¹⁹ Deutscher Bundestag, *Der Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union*, Berlin, 2018, p. 6.

²⁰ Art. 45 *Grundgesetz*.

²¹ « [...] Per questo suo particolare *status* le è stata riservata una collocazione speciale: è l'unica Commissione la cui sala riunioni non si trova in una delle otto torri cilindriche, ma al secondo e terzo piano della grande sala rotonda est della Paul-Löbe-Haus che si affaccia sulla Sprea. Con i suoi 261 metri quadrati, la Sala 'Europa' è notevolmente più grande di tutte le altre sale riunioni delle Commissioni. Inoltre con le cabine per gli interpreti e le salette tecniche è allestita perfettamente anche dal punto di vista tecnico-congressuale; è qui che si svolgono le grandi audizioni pubbliche e le conferenze internazionali» cfr. Deutscher Bundestag, *Una visita del Parlamento e dei suoi edifici – Uno sguardo all'architettura, all'arte e alla funzione degli edifici del Bundestag*, Berlin, 2014, pp. 57 e ss..

Parlamento, impegnando il Governo federale a rendere sistematicamente conto del suo operato in sede europea, ha prodotto la conseguenza che *Bundesrat* e *Bundestag* siano diventati destinatari di un notevole quantitativo di atti, che possono appesantire il lavoro di *scrutiny* vanificando un'istruttoria adeguata.

Nell'analisi dell'esperienza tedesca è fondamentale valutare l'impatto delle pronunce del Tribunale costituzionale federale, che ha più volte evidenziato come l'approfondimento del processo di integrazione europea debba essere subordinato alla garanzia di un più incisivo potere di indirizzo e controllo del legislatore nazionale sulla politica normativa europea. Da un lato, la riflessione sul ruolo dei Parlamenti nazionali nasce dalla denuncia di un crescente *deficit democratico* nelle Istituzioni europee. Dall'altro, l'attribuzione ai Parlamenti di più incisivi strumenti di indirizzo e controllo viene concepita come un necessario strumento di informazione e di dibattito pubblico. Queste riflessioni si sono sviluppate con l'evoluzione del processo di integrazione, segnato dalla ratifica del Trattato di Maastricht nel 1992 e del Trattato di Lisbona nel 2009, che hanno condotto il Tribunale costituzionale federale a redigere le note pronunce *Maastricht Urteil* e *Lissabon Urteil*, le cui conclusioni non sono solo rilevanti per l'ordinamento tedesco, ma hanno fornito un contributo importante al dibattito sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'U.E..

La tendenza a trasferire sempre maggiori poteri e competenze dallo Stato federale all'U.E. implica rilevanti problemi, legati anche all'attuazione di politiche e misure economiche prettamente nazionali e comporta un maggiore impegno ed esposizione finanziaria degli Stati, proprio per questo il Tribunale costituzionale federale ha trattato con particolare attenzione l'impatto nell'ordinamento tedesco del M.E.S. (Meccanismo Europeo di Stabilità) e del *Fiscal Compact*.

Alcune criticità sono altresì emerse in relazione al T.T.I.P. (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*). Norbert Lammert, Presidente del *Bundestag*, ha affermato la necessità di una maggior trasparenza nei negoziati e ha dichiarato: «Escludo categoricamente che il *Bundestag* ratifichi un Trattato commerciale tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti non avendo mai partecipato ai negoziati e non avendo nemmeno potuto influenzare opzioni alternative»²².

Al fine di ridurre la distanza tra assemblee legislative e Bruxelles, diversi membri della Commissione europea si sono recati a Berlino per partecipare ad audizioni organizzate dal Parlamento tedesco. La Commissaria per il commercio Cecilia Malmström per esempio ha dedicato molta attenzione al tema della trasparenza, recandosi in diverse capitali europee ed in più occasioni ha dichiarato di considerare essenziale il dialogo con i Parlamenti nazionali²³.

²² «[...] Ich halte es für ausgeschlossen, dass der Bundestag einen Handelsvertrag zwischen der EU und den USA ratifizieren wird, dessen Zustandekommen er weder begleiten noch in alternativen Optionen beeinflussen konnte» dall'intervista al Presidente del *Bundestag* Norbert Lammert cfr. *Lammert droht mit Nein zu TTIP*, in *Der Spiegel*, 28 Oktober 2015.

²³ Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Ufficio Rapporti con l'Unione Europea, *Audizione della Commissaria per il commercio Cecilia Malmström*, Roma, 26 novembre 2015, cfr. anche

4. Il ruolo del Parlamento britannico

È sicuramente peculiare il dialogo instauratosi tra Parlamento e Governo nell'esperienza britannica. Il Parlamento di *Westminster*, pur non avendo il potere di vincolare l'azione governativa con il mandato, ha tuttavia perseguito una strategia di «constantly breathing down the government's neck»²⁴, assicurandosi un'ampia ed approfondita informazione dell'attività U.E. e vigilando sul rispetto della *scrutiny reserve*, quasi «as a counterbalance for legislative sovereignty and competence that has been transferred to the E.U. level»²⁵.

La posizione assunta dal Parlamento britannico, in relazione alle scelte connesse alla partecipazione del Regno Unito all'Unione europea, ha evidenziato storicamente una tendenziale cautela nei confronti delle proposte di una maggiore integrazione.

Nel dialogo tra *Westminster* e Governo è emersa chiaramente una sostanziale continuità nell'atteggiamento di controllo mantenuto dal Parlamento britannico nei confronti delle iniziative e delle scelte attuate dal proprio Esecutivo in sede europea. Questa tendenza si è manifestata sia nel periodo che precede l'adesione del Regno Unito alla Comunità europea, sia successivamente nelle varie fasi che hanno portato alla negoziazione e alla ratifica dei nuovi Trattati, sia in particolare in relazione alle scelte riguardanti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁶, attraverso un rigoroso controllo sull'operato dell'Esecutivo.

Tale attenzione è stata determinata dal fatto che il processo di integrazione europea incide su uno dei principi fondanti del costituzionalismo britannico, cioè il principio della *parliamentary sovereignty*. Aspetto quest'ultimo che emerge a partire dai primi documenti redatti nel periodo dell'adesione del Regno Unito alla Comunità europea, dai resoconti stenografici delle sedute parlamentari dedicate alle questioni europee, fino ai più recenti *report* e *reasoned opinion* di entrambe le Camere e particolarmente in riferimento agli atti della *House of Lords* sulla proposta di istituire una Procura europea²⁷. È evidente che il principio della

European Commission, *EU Trade Commissioner Cecilia Malmström Speech: Transforming Trade (Berlin, 15 October 2018)*, Bruxelles, 2018.

²⁴ K. Auel, A. Benz, *The Europeanisation of National Parliamentary System*, in «The Journal of Legislative Studies», 2005, p. 382; Caitrona A. Carter, *The Parliament of the United Kingdom: From supportive Scrutiny to Unleashed Control?*, in *National Parliaments on their Ways to Europe: Losers or Latecomers?*, a cura di A. Mauer, W. Wessels, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, p. 412.

²⁵ V. A. J. Cygan, *The EU Constitutional Treaty from the perspective of the Parliament of the United Kingdom*, *Era Forum*, 2012, p. 17.

²⁶ Questa forma di controllo si è manifestata in modo efficace per quanto riguarda la proposta sull'istituzione di una Procura europea - COM/2013/0534 «Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office» - attraverso l'elaborazione di *dossier* e numerose occasioni di dialogo con l'Esecutivo nelle Commissioni competenti, sia alla *House of Lords* che alla *House of Commons*.

²⁷ House of Lords, *European Union Committee 3rd Report of Session 2013–14, Subsidiarity Assessment: The European Public Prosecutor's Office*, The Stationery Office Limited, London, 2013.

parliamentary sovereignty, rispetto alla tradizionale definizione di Albert Venn Dicey²⁸ e Walter Bagehot²⁹, ha subito negli anni un graduale ridimensionamento; innanzitutto perché si è realizzato, in seguito alla c.d. *devolution*³⁰, un processo di cessione di poteri a livello territoriale ed inoltre, a partire dall'adesione alla Comunità, c'è stata una cessione di sovranità a livello europeo.

Analizzando la *fase ascendente* e quella *discendente*, pur nella consapevolezza della loro stretta interconnessione e dell'importanza che una esercita sull'altra, per quanto concerne la prima, alla luce dei più recenti interventi legislativi e degli *Standing orders*, viene garantita ad entrambi i rami del Parlamento la facoltà di contribuire fattivamente a suddetta fase. Tuttavia si evidenzia storicamente un'analisi più approfondita sugli atti europei compiuta da parte della *European Union Committee* della *House of Lords*. Tale circostanza trae origine da una serie di motivazioni, tra cui il fatto che tradizionalmente la sua composizione è costituita da un numero abbastanza significativo di parlamentari moderatamente a favore del processo di integrazione europea³¹. Tale impostazione, seguita da diversi *Lords*, ha condotto la Camera alta britannica ad affrontare con particolare rigore i temi legati al processo di integrazione europea. Tutto ciò ha comportato il consolidarsi di prassi e procedure più attente alle questioni europee e anche per questo i *report* redatti dalla *House of Lords* sono generalmente più completi ed articolati.

Gli interventi particolarmente approfonditi sul caso dell'impatto che un'eventuale istituzione della Procura europea avrebbe avuto sull'ordinamento del Regno Unito e le *reasoned opinion*, depositate nell'arco di questi anni, hanno fatto del Parlamento britannico uno dei più attivi ad usare concretamente questo strumento. Tuttavia è emersa sempre più una certa sfiducia sull'utilità e la fattiva capacità di influire nel processo decisionale attraverso il controllo di sussidiarietà e l'attivazione del meccanismo di *early warning*. Se inizialmente c'era stato maggior entusiasmo circa le prospettive che potevano aprirsi per l'uso di tale strumento, si è poi registrata una graduale diminuzione delle *reasoned opinion* presentate.

Nella *fase ascendente* in particolare per la *House of Commons* l'aspetto decisivo sembrava essere sempre più il potenziamento del raccordo con l'Esecutivo, prima che il Governo e i Ministri britannici si recassero a Bruxelles in sede di Consiglio dei Ministri. Quindi la tendenza che era emersa era quella di influenzare

²⁸ A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1885.

²⁹ W. Bagehot, *The English Constitution*, London, 1867.

³⁰ Cfr. *Devolution of powers Acts/1998* ed in particolare cfr. *Scotland Act/1998*, *Wales Act/1998*, *Northern Ireland Act/1998*.

³¹ A tal proposito significativa la definizione coniata da Ralf Dahrendorf (1929-2009), nato ad Amburgo, naturalizzato cittadino britannico, già direttore della *London School of Economics* e membro della *House of Lords*, nominato nel 1993 *life peer* dalla Regina Elisabetta II, autodefinitosi «un europeista scettico» in R. Dahrendorf, *Perché l'Europa? Riflessioni di un europeista scettico*, trad. it. di M. Sampaolo, Roma-Bari, 1997, pp. 37 e ss., ed. orig. *Why Europe matters. A personal view*, London, 1996; v. anche T. Garton Ash, *Is Britain European?*, in *International Affairs*, Vol. 77, n. 1, Oxford, 2001.

preliminarmente a Londra le posizioni che il Governo avrebbe assunto in sede europea. Non c'era un obbligo per il Ministro di attenersi alle posizioni che venivano indicate dal Parlamento, però se si analizza la prassi consolidatasi, soprattutto negli ultimi anni, i Ministri si erano generalmente adeguati alle indicazioni che venivano suggerite dal Parlamento.

Le delegazioni britanniche hanno sempre cercato di ridurre al minimo le cessioni di sovranità, proprio per questo nel 2016 nella *Decisione dei Capi di Stato o di Governo, riuniti in sede di Consiglio europeo, concernente una nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione Europea* era stato ribadito nell'allegato I, sezione C, intitolato «Sovranità», che «si riconosce che il Regno Unito, alla luce della sua particolare situazione conformemente ai Trattati, non è vincolato a prendere parte ad un'ulteriore integrazione politica nell'Unione europea»³². L'esito del *referendum* sulla permanenza britannica nell'Unione del 23 giugno 2016 ha reso il contenuto di tale *Decisione* superato, venendosi a realizzare le condizioni per l'attivazione della procedura prevista ex art. 50 T.U.E..

Il risultato referendario ha causato le dimissioni del Primo Ministro David Cameron e ha dato inizio a trattative particolarmente complesse, che hanno visto il susseguirsi di due esecutivi, il primo guidato da Theresa May e il secondo da Boris Johnson. I negoziati aperti si riguardano non solo l'accordo sui termini del ritiro, ma anche il futuro delle relazioni fra l'Unione europea e il Regno Unito.

Ai sensi dell'art. 50 T.U.E., il processo di uscita del Regno Unito si sarebbe dovuto concludere entro due anni dalla notifica formale del recesso dall'U.E. avvenuta il 29 marzo 2017, e quindi, entro il 29 marzo 2019. Il Consiglio europeo, avvalendosi della possibilità prevista dall'art. 50 del T.U.E., che non prevede limiti al numero e alla durata delle proroghe, ha concesso, su richiesta del Regno Unito, due proroghe³³. Secondo quanto deciso dal Consiglio europeo straordinario del 10 aprile 2019, il Regno Unito avrebbe dovuto completare il processo di uscita dall'U.E. entro il 31 ottobre 2019, sulla base dell'Accordo di recesso e della Dichiarazione sul quadro delle future relazioni tra U.E. e Regno Unito.

Il Primo Ministro, Boris Johnson, aveva più volte affermato, a partire dal suo discorso programmatico alla *House of Commons* del 25 luglio 2019, la ferma intenzione del suo Governo di rispettare la data del 31 ottobre 2019 per il recesso.

La Corte suprema del Regno Unito, chiamata ad esprimersi su due ricorsi presentati nei confronti della decisione con la quale il Primo Ministro, Boris Johnson, aveva richiesto la cosiddetta "prorogation" del Parlamento, ha stabilito

³² Consiglio Europeo, *EUCO 1/16 CO EUR 1 CONCL 1, nota di trasmissione dal Segretariato generale del Consiglio: Riunione del Consiglio europeo (18 e 19 febbraio 2016)*, Bruxelles, 2016.

³³ In particolare, il 21 marzo 2019 ha prorogato tale termine fino al 22 maggio 2019 e il successivo 11 aprile 2019, ha concesso un'ulteriore proroga fino al 31 ottobre 2019.

all'unanimità, il 24 settembre 2019, l'illegittimità della "prorogation" dichiarando quindi la sua nullità³⁴.

La *House of Commons* ha fino ad ora respinto tre volte l'Accordo di recesso che era stato negoziato con l'U.E. dal precedente Primo Ministro, Theresa May. Al momento, l'U.E. – come dichiarato all'ultimo Consiglio europeo del 21 giugno 2019 – considera l'Accordo di recesso non ulteriormente negoziabile, mentre è aperta a ridiscutere la Dichiarazione sul quadro delle future relazioni, qualora le posizioni del Regno Unito dovessero mutare.

La Presidente eletta della Commissione europea, Ursula von der Leyen, nel suo discorso al Parlamento europeo del 16 luglio 2019, ha peraltro evidenziato che «l'accordo di recesso concluso con il governo del Regno Unito crea certezza laddove la Brexit ha generato incertezza: tutela i diritti dei cittadini e mantiene la pace e la stabilità nell'isola d'Irlanda», sottolineando come queste siano anche le sue priorità e dichiarandosi comunque pronta ad appoggiare un'ulteriore proroga della data di recesso, se fosse necessario più tempo per un valido motivo.

Infine il Consiglio europeo, sulla base della richiesta del Regno Unito, ha approvato il 28 ottobre 2019, con procedura scritta, la decisione con la quale si proroga ulteriormente il periodo ex art.50 T.U.E. dal 31 ottobre 2019 al 31 gennaio 2020, per consentire maggior tempo per la ratifica dell'Accordo di recesso da parte del Regno Unito.

5. Conclusioni

2835

I Parlamenti nazionali hanno cercato di sviluppare non solo un rapporto più diretto con le Istituzioni europee, ma anche procedure idonee per controllare le politiche europee dei Governi nazionali e la posizione da essi assunta in seno al Consiglio europeo.

La concezione tradizionale, che limitava il ruolo dei Parlamenti al controllo della politica comunitaria dei rispettivi Governi, viene di fatto superata dall'art. 12 T.U.E., che riconosce il ruolo fondamentale dei Parlamenti dei singoli Stati per il «buon funzionamento dell'Unione». Proprio per questo, come evidenziato dalla dottrina, i Parlamenti nazionali hanno la possibilità di diventare «acteurs de la construction européenne»³⁵.

È quindi emersa la tendenza delle assemblee legislative nazionali, per superare le limitazioni di sovranità conseguenti alla partecipazione all'Unione europea, ad agire su due livelli: innanzitutto i Parlamenti per avere incisività possono influire sulle questioni europee trattate dai propri Governi nella fase preparatoria e di applicazione delle norme europee; inoltre i Parlamenti nazionali

³⁴ Si ricorda che la c.d. "prorogation" del Parlamento, con conseguente sospensione dei lavori parlamentari fino al 14 ottobre 2019, era stata disposta, su richiesta del Primo Ministro del Regno Unito, Boris Johnson, dalla Regina Elisabetta II il 28 agosto 2019.

³⁵ H. Oberdoff, *Le parlement française à l'épreuve de la construction européenne?*, in *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, a cura di B. Mathieu, 2008, p. 717.

e le Istituzioni europee possono cooperare maggiormente, individuando formule efficaci di collaborazione.

È in questo senso esemplare il confronto diretto tra Parlamenti nazionali e la Commissione europea attraverso la prassi del c.d. *dialogo politico*, anche se nel corso delle riunioni COSAC e nel dibattito apertosi in sede parlamentare «è stato segnalato da più Parlamenti che le risposte fornite dalla Commissione giungono con notevole ritardo rispetto alla fase dell'*iter* dell'atto, cui si riferiscono e hanno prevalentemente un carattere ricognitivo, poco attento ai profili prettamente politici»³⁶. Anche per questo è stata più volte annunciata l'adozione di una serie di iniziative volte a rafforzare il dialogo con i Parlamenti nazionali, in particolare, attraverso una presenza più sistematica dei commissari europei presso i Parlamenti nazionali, quando si discutono le proposte legislative e le altre iniziative della Commissione europea più significative, prassi che potrebbe contribuire ad un maggior coinvolgimento delle assemblee legislative nazionali nei processi decisionali europei.

Infine nel rapporto tra Governo e Parlamento, pur con le peculiarità delle diverse esperienze parlamentari prese in esame, i maggiori poteri affidati alle Camere andrebbero utilizzati, restando sempre nell'ambito di un rapporto dialettico efficace e di un raccordo costruttivo con il Governo, tenendo cioè presente l'obiettivo di raggiungere una posizione quanto più unitaria e condivisa a livello nazionale. Potrebbe essere problematica una situazione per cui un Parlamento tendesse ad assumere decisioni, per quanto riguarda il controllo di sussidiarietà, autonome o comunque divergenti rispetto alla posizione del Governo. L'obiettivo infatti dovrebbe essere quello di raggiungere, in ultima analisi, una posizione unitaria, democraticamente legittimata dal consenso parlamentare e dunque il più possibile rappresentativa di una visione nazionale condivisa.

³⁶ Senato della Repubblica, *LV Conferenza degli organi parlamentari specializzati negli affari dell'Unione dei Parlamenti dell'Unione europea (COSAC, L'Aja 12-14 giugno 2016)*, in *Dossier europei*, n. 30, Servizio Studi, Roma, 2016, p. 3.

I “Parlamenti regionali” nel *Multilayered Parliamentary system* europeo: le relazioni interparlamentari attraverso la ‘lente’ del principio di sussidiarietà.

di Anna Margherita Russo¹

Abstract: The “regional parliaments” in the European Multilayered Parliamentary system: the interparliamentary relations through the ‘lens’ of the principle of subsidiarity. All’interno delle prospettive analitiche del *multi-level parliamentary field* e del sistema parlamentare euro-nazionale che, pur con non trascurabili differenze, focalizzano l’attenzione sulla dimensione cooperativa tra i livelli parlamentari su scala europea, statale e regionale, oggetto d’analisi è il ruolo acquisito dai Parlamenti regionali nel controllo politico del principio europeo di sussidiarietà. L’obiettivo è comprendere se e in che misura lo strumento dell’*early warning system* (EWS) abbia inciso sulla “mobilitazione parlamentare” regionale. In particolare, con metodo comparato, si considera la cooperazione interparlamentare regionale interna nella sua dimensione orizzontale (rapporto con i governi regionali e con gli altri parlamenti regionali) e verticale (rapporto con i Parlamenti statali) in connessione alle caratteristiche presentate dagli ordinamenti oggetto d’analisi.

Keywords: Regional Parliaments; Subsidiarity Principle; Early warning system; Interparliamentary cooperation; Multi-Level Parliamentary Field.

2837

1. Le ‘coordinate analitiche’ dell’interazione interparlamentare nello scenario Post-Lisbona: dal multilevel parliamentary field al sistema parlamentare euro-nazionale?

Nello scenario post-Lisbona, dopo l’entrata in vigore e l’attuazione delle disposizioni contenute nei Trattati, Parlamenti nazionali hanno certamente acquisito una visibilità nuova all’interno dei Trattati europei. Da un lato, mediante un canale ‘indiretto’ (art. 10.2 TUE) i Parlamenti nazionali, insieme ai cittadini, dotano di legittimità democratica i rispettivi governi e i capi di Stato all’interno

¹ Questo lavoro è stato realizzato nell’ambito dei Progetti: MEC DER2017-84195 - Constitucionalismo social y económico: nuevos retos para el Estado de Derecho en Europa (2018-2020) IP: M.I. Gonzalez Pascual, A. Torres Pérez, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona e MEC PGC2018-094489-B-I00 Futuro y retos jurídicos de la Unión Económica y Monetaria (2019-2021) IP: A. Olesti Rayo, Universitat de Barcelona.

delle istituzioni europee. Dall'altro, in maniera 'diretta', vengono configurati come soggetti istituzionali che attivamente contribuiscono alla realizzazione del *buon funzionamento* dell'Unione (art. 12 TUE), mediante una serie di funzioni orientate a una più incisiva partecipazione all'arena decisionale (multilivello) europea e all'incremento dei circuiti di cooperazione interparlamentare. Segue tale direzione il consolidamento del sistema di *notice (top down)* – informazioni trasmesse dalla Commissione UE relative, in via generale, all'attività legislativa europea –, ai sensi del "Protocollo n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea", e del sistema di *comment (bottom up)* – pareri motivati dei Parlamenti nazionali relativamente ai progetti di atti legislativi europei – come previsto dal "Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità" (Prot.2 TUE). Modalità di relazione, queste, inaugurate, sul piano politico, dalla cd. *Barroso initiative* – istituzionalizzata, successivamente, nella procedura del "Dialogo politico" –. Una comunicazione con la quale la Commissione europea nel 2006 annunciava l'intenzione di trasmettere direttamente ai Parlamenti nazionali tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione, chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri al fine di migliorare il processo di elaborazione delle politiche europee².

In particolare, la scelta di potenziare la funzione di controllo dei Parlamenti nazionali sull'attività legislativa dell'Unione in una precisa fase del *decision-making* – la fase iniziale dell'iter legislativo – e con specifico riguardo ai parametri della "sussidiarietà" e "proporzionalità", è da leggere in connessione al rebus dei molteplici deficit dell'UE. D'altra parte, come si vedrà nel corso dell'analisi, non è casuale che i Parlamenti regionali³ vengano menzionati nella procedimentalizzazione della *subsidiarity review* se tra gli scopi di tale meccanismo vi è quello di rendere le decisioni adottate a Bruxelles non solo più 'prossime' ai cittadini e al territorio ma quanto più condivise e partecipate dai diversi livelli del sistema multilivello europeo. Esigenza, questa, che, con riferimento alle Regioni, si traduce nell'obiettivo della riduzione del *gap* tra la mancanza di "voice"⁴ a livello europeo e la pretesa di "loyalty"⁵ nei confronti dei rispettivi Stati nella corretta attuazione del diritto europeo.

Certamente, pur nella evoluzione del processo integrativo, non ha trovato soddisfacente soluzione il deficit di democraticità, "peccato originale di cui la

² COM (2006) 211, 10. Procedura confermata all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona con Lettera del Presidente Barroso inviata il 1° dicembre 2009 ai presidenti delle 40 camere nazionali, del Parlamento europeo e del Consiglio e successivi strumenti. Sull'impatto innovativo e sulle criticità della "procedura Barroso" si v., tra gli altri, D. Jančić, *The Barroso initiative: Windows Dressing or Democracy Boost?*, in *Utrecht Law Review*, 8(1), 2012, 78–91.

³ L'espressione "Parlamento regionale" viene utilizzata in questo lavoro in senso a-tecnico per riferirsi alle Assemblee/Consigli regionali dotati di poteri legislativi all'interno degli Stati membri dell'UE (Germania, Austria, Belgio, Regno Unito, Spagna, Italia, Portogallo e Finlandia), riprendendo i termini utilizzati dall'art.6 del Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità ("Parlamenti regionali con poteri legislativi").

⁴ Corte giust., sent. 4-07-2000, C-424/97, *Haim*, in Racc., p. I-5123.

⁵ Corte giust., sent. 15-12-1971, C-51 e 54/71, *International Fruit Company NV ed altri c. Produktschap Voor Groenten en Fruit*, in Racc., p. 01107.

Comunità europea si è macchiata sin dalla sua nascita”⁶, forse meglio declinabile, oggi, non tanto in termini di totale assenza di una *input legitimacy* quanto, piuttosto, di un *democratic disconnect*⁷. Tale concetto focalizza l’attenzione sulla relazione tra istituzioni sovranazionali e le forme di controllo e supervisione a livello nazionale⁸, tra il processo decisionale europeo e le forme di rappresentanza e *accountability* ancorate alla dimensione statale, anch’esse, oggi, in profonda crisi se si considerano le derive populiste – o l’opzione populista⁹ – sempre più presenti sullo scenario politico europeo (e non solo), che sempre di più spostano l’attenzione dal ‘chi’ decide o dal ‘cosa’ si decide sul ‘come’ si decide¹⁰.

Altri declinano tale deficit in termini di “deficit parlamentare”¹¹ derivante dall’accentramento di competenze parlamentari nazionali a livello europeo – ma non a vantaggio del Parlamento europeo¹² –, dalla perdita di rilevanza, a livello statale, delle tipiche funzioni parlamentari di indirizzo e di controllo dei rispettivi Esecutivi e dalla ormai sempre più evidente crisi di rappresentanza¹³. Si tratterebbe, quindi, di una sorta di riflesso nazionale del deficit democratico che vede nei Parlamenti nazionali le vere *victims* o *losers* del processo integrativo con

⁶ Cfr. F.J. Bastida, *Le Assemblee regionali e l’Europa*, in S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e l’Europa*, Milano, 2002, 285. Sul punto si veda, tra gli altri, M. Olivetti, voce *Parlamenti nazionali nell’Unione europea* in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento V, Torino, 2012, 501 ss. e G. Rivosecchi, *Parlamento nazionale nella costruzione europea, dopo la “costituzione” abbandonata*, in A. Nico (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, tomo II, Bari, 2016, 853 ss. Sulla funzione ‘compensativa’ del rafforzamento dei Parlamenti nazionali all’interno del quadro istituzionale europeo si v. P. Norton, *Conclusions: Addressing the Democratic Deficit*, in Id. (ed.), *National Parliaments and the European Union*, Londra, 1996, 176 ss.

⁷ Cfr. P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, 2010, 234. Su tali concetti si vedano, inoltre, F.W. Scharpf, *Economic integration, democracy and the welfare state*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 4, no. 1, 1997, 18-36, A.V. Schmidt, *Democracy and legitimacy in the European Union revisited: Input, output and ‘throughput’*, in *Political Studies*, 61 (2013), 2-22.

⁸ Come rileva l’A. “it suggests that any democratization strategy must, at least in part, include a rethinking of the linkages between supranational norm-production and democratic legitimation derived from the national level”. Così P.L. Lindseth, *Delegation is Dead, Long Live Delegation: Managing the Democratic Disconnect in the European Market-Polity*, in C. Joerges and R. Dehousse (eds.), *Good Governance in Europe’s Integration Market*, 2002, Oxford, 139-166.

⁹ Così M. Anselmi, *Populism. An Introduction*, Londra, 2018, 1, secondo cui il populismo, oggi, non va considerato come ipotesi estrema nel gioco democratico, una deviazione, un’anomalia, una degenerazione o una patologia della democrazia, ma, piuttosto, come “option of democracy, not only related to social movements but also institutionalized and ruling entities”.

¹⁰ Cfr. V.A. Schmidt, *Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output, and Throughput*, in *Political Studies*, 61 (1), 2013, 2-22.

¹¹ Così, ad es., D. Chryssochoou et al., *European Democracy, Parliamentary Decline and the “Democratic Deficit” of the European Union*, in *Journal of Legislative Studies* 4, n. 3, 1998, 109-129 e di contro A. Moravcsik, *In Defence of the “Democratic deficit”: Reassessing Legitimacy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies* 40, n. 4, 2002, 603-624.

¹² Si v. in tal senso P. Kiiver, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional theory and empirical reality*, Londra, 2012, 13, secondo il quale lo scarso coinvolgimento dei parlamenti nazionali nel processo decisionale europeo non sarebbe sufficientemente compensato dal ruolo svolto dal Parlamento europeo a livello sovranazionale.

¹³ Cfr. C. Fasone, *La cooperazione tra Assemblee legislative regionali nell’Unione Europea*, in A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015, 321 ss.

la progressiva “de-parlamentarizzazione del processo decisionale”¹⁴. Se il modello politico da costituzionalizzare era quello basato sulla prevalenza delle libertà economiche, secondo uno schema di ‘integrazione negativa’ – integrare le società degli Stati membri tramite le libertà di mercato – a discapito di una ‘integrazione positiva’ o politica – integrare i processi di formazione della decisione politica dei cittadini – i Parlamenti diventano soggetti “non necessari”¹⁵.

Da un’altra prospettiva, il deficit democratico viene declinato come *subsidiarity deficit* laddove il principio di sussidiarietà viene inteso come principio organizzativo di base del “Commonwealth europeo” in cui esistono poteri condivisi e la domanda essenziale che si pone è “where it is the best for the common good that a particular power be exercised”¹⁶. In tal senso, il deficit deriverebbe non tanto e non solo da uno svuotamento di poteri delle istituzioni nazionali a favore di quelle europee, ma, piuttosto, dalla progressiva distanza delle sedi decisionali dal cittadino – in questa prospettiva, il principio di prossimità non è che una delle diverse dimensioni dello stesso principio di sussidiarietà – per cui diventa prioritario capire come si adottano le decisioni a livello europeo e quali sono i limiti oltre i quali non sarebbe giustificabile tale processo attrattivo verso la sede europea.

Ai fini della nostra analisi ci sembra utile partire dalla prospettiva del “parlamentarismo multilivello”, inteso non solo e non tanto nella sua dimensione ‘verticale’ – il Parlamento europeo come asse centrale di un ‘sistema statale federale emergente’¹⁷ – ma, piuttosto, in quella ‘orizzontale’ in cui il livello europeo viene concepito come un sistema di *governance* volto a gestire l’interdipendenza democratica delle diverse componenti statali¹⁸ rimanendo centrale, dunque, il ruolo dei Parlamenti nazionali. Questi ultimi, coadiuvati dal Parlamento europeo

¹⁴ Cfr. J. O’ Brennan – T. Raunio (eds.), *National Parliament within the Enlarged European Union From ‘victims’ of integration to competitive actors?*, Londra, 2007. In tal senso, si v., inoltre, P. Kiiver, *The National Parliaments in the European Union: A Critical View on EU Constitution-Building*, Hague, 2006 e A. Cygan, *Accountability, Parliamentarism and Transparency in the EU. The role of National Parliaments*, Edwar Elgar, 2013.

¹⁵ Così J. Habermas, *Perché è necessaria e com’è possibile la trasformazione dell’Unione europea in una democrazia sovranazionale*, in *Phenomenology and Mind*, n. 8, 2015, 28 che cita D. Grimm *Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, vom 11, (August 2014).

¹⁶ Cfr. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999. Rispetto alle quattro dimensioni che, secondo l’A., caratterizzano il principio di sussidiarietà – *market subsidiarity*, *communal subsidiarity*, *rational legislative subsidiarity* e *comprehensive subsidiarity* – sarebbe soprattutto la dimensione della “rational legislative subsidiarity” ad incidere profondamente sull’attività dei parlamenti esistenti nei diversi livelli del “Commonwealth europeo”. Tale dimensione fa riferimento alla stretta connessione esistente tra una effettiva democrazia rappresentativa e il coinvolgimento delle diverse assemblee legislative, da quelle locali, regionali, nazionali al Parlamento europeo, che agiscono in funzione di funzione di ‘contrappeso’ rispetto ad un potenziale sbilanciamento verso il livello europeo con il rischio di ‘oscurare’ il livello locale.

¹⁷ Così, G. Morgan, *The idea of a European Superstate: Public justification and European integration*, Princeton–NJ, 2007.

¹⁸ J.-W. Müller, *The promise of ‘demoi-cracy’: Democracy, diversity, and domination in the European public order*, in J. Neyer & A. Wiener (eds.), *Political theory of the European Union*, Oxford, 2011, 187-204; K. Nicolaïdis, *European democracy and its crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, 51, 2013, 351-369,.

e dalle procedure collaborative con le altre istituzioni europee, utili a colmare i limiti funzionali degli stessi Parlamenti nazionali, rimangono una “institutional backbone of any proper working democracy” intendendo la dimensione democratica dell’ordinamento europeo in termini di *pluralistic democracy* piuttosto che di *homogeneous democracy*¹⁹.

Prendiamo, quindi, in considerazione almeno due fattori. Il “diritto parlamentare europeo” non è un prodotto del solo Parlamento europeo ma si riferisce anche a quelle “porzioni del diritto parlamentare nazionale e regionale (almeno per le Regioni con competenze legislative) rilevanti per la legittimazione ed il controllo degli atti e degli organi dell’Unione europea e per regolare il rapporto fra questa e gli Stati membri”²⁰ e le Regioni negli ordinamenti che presentano una organizzazione territoriale di tipo composta. In secondo luogo, è necessario prendere in considerazione le *international networking functions*²¹ dei parlamenti, ovvero quelle funzioni di raccordo interistituzionale che consentono una interazione di tipo orizzontale e verticale tra i parlamenti dislocati su diversa scala (europea, nazionale, regionale). Si crea, quindi, un sistema a ‘complementarietà reciproca’ in cui le funzioni di controllo risultano, in principio, potenziate e decentrate ma non sempre efficaci ed effettive rispetto ad un esecutivo europeo sempre più ‘frammentato’ e, dunque, più ‘sfuggente’ rispetto alle forme tradizionali di controllo e di responsabilità politica²².

Rispetto alle prospettive elaborate in dottrina per spiegare i caratteri e il funzionamento della dinamica parlamentare nell’Unione europea²³, l’analisi proposta si colloca all’interno delle letture per così dire “intermedie” rispetto ai due estremi rappresentati dal modello della rigida separazione tra Parlamento UE e parlamenti nazionali e da quello di “terza Camera virtuale” dell’UE costituita dal lavoro in *network* dei Parlamenti nazionali²⁴. Tali letture, infatti, per quel che interessa l’oggetto della nostra analisi, non danno conto di un ulteriore ‘centro’ istituzionale rappresentato dai Parlamenti regionali. In tal senso, utilizziamo le prospettive del cd. *multilevel parliamentary field*²⁵ e del “sistema parlamentare euro-

¹⁹ J. Neyer, *Justified Multi-level Parliamentarism: Situating National Parliaments in the European Polity*, in *The Journal of Legislative Studies*, vol. 20, n. 1, 2014, 136 e 131.

²⁰ Cfr. M. Olivetti, *Parlamenti nazionali*, cit., 510.

²¹ Cfr. T. Raunio, *The Gatekeepers of European Integration? The Function of National Parliaments in the EU Political System*, in *Journal of European Integration*, 33:3, 2011, 308.

²² Cfr. N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione “composita” nell’UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 8.

²³ Sintetizzate da Lupo nelle “quattro diverse letture del ruolo dei Parlamenti nell’UE”. Cfr. N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali*, cit., 8 ss.

²⁴ Così I. Cooper, *A ‘Virtual Third Chamber for the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon, West’*, in *European Politics*, 35:3, 2012, 447-448 e Id., *Bicameral or Tricameral? National Parliaments and Representative democracy in the European Union*, in *Journal of European Integration* 35(5), 2013, 531-546.

²⁵ B. Crum, J.E. Fossum, *The Multilevel Parliamentary Field: a framework for theorizing representative democracy in the EU*, in *European Political Science Review*, 1 (2), 2009, 249-271. Tale prospettiva analitica focalizza l’attenzione sulla rappresentanza, rilevando che i parlamenti a livello europeo e nazionale condividono la funzione e la percezione del proprio ruolo, ovvero rappresentare l’interesse delle popolazioni nei processi decisionali europei.

nazionale”²⁶ per giungere a quella del *multi-layered parliamentary system* in cui collocare, da un punto di vista analitico, il ruolo e le interconnessioni dei e con i Parlamenti regionali.

La categoria proposta da Crum e Fossum ha il suo *focus* nella interazione tra i vari livelli di rappresentanza nell’UE analizzati mediante il concetto sociologico del ‘campo’ per “sottolineare come la rappresentanza democratica nell’Unione europea sia più disaggregata e meno gerarchica di quanto non accada nei sistemi federali”²⁷. Trattandosi, infatti, di attori legati da ‘rapporti di forza’ variabili, la struttura del campo dipende dalla ‘densità’ di tali relazioni. Nelle sue diverse utilizzazioni in dottrina, appare interessante la qualificazione del “campo” come *battlefield*²⁸, ovvero un campo di battaglia parlamentare multilivello per dar conto dell’esistenza di logiche tanto cooperative quanto competitive nei rapporti tra il livelli parlamentari europeo e nazionali (soprattutto nell’ambito delle politiche a carattere intergovernativo). Pur centrandosi sul carattere della relazionalità interparlamentare, la lettura del “sistema parlamentare euro-nazionale” propone, invece, una interpretazione sistemica dei rapporti tra parlamenti e istituzioni di governo su scala europea e nazionale. In tale ottica le interconnessioni reciproche tra i diversi soggetti (del sistema) e le regole che ne disciplinano il funzionamento configurano un sistema parlamentare dinamico²⁹ inteso in senso ampio, ovvero tale da coinvolgere non solo i parlamenti ma anche gli esecutivi e gli strumenti e organismi di cooperazione interparlamentare in un rapporto di costante interazione disciplinato da principi e regole di natura ‘euro-nazionale’³⁰.

Se pur utili, tali prospettive non includono quasi mai – o comunque non prestano particolare attenzione – il ruolo che i parlamenti regionali possono svolgere nel sistema parlamentare europeo. Per questa ragione si preferisce utilizzare la prospettiva del *multi-layered parliamentary system*³¹ europeo, che

2842

Utilizzando il concetto di “campo” di Bourdieu, tali autori si concentrano sulle diverse relazioni interparlamentari, sia formali che informali, piuttosto che analizzare il Parlamento europeo o i parlamenti nazionali mediante una prospettiva federale o di rete.

²⁶ Cfr. A. Manzella – N. Lupo (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014, spec. A. Manzella, *Verso un governo parlamentare “Euro-nazionale”*, 2 s. e N. Lupo, *I parlamenti nell’Unione europea: verso un sistema parlamentare euro-nazionale*, in A. Tizzano (a cura di), *Verso i 60 anni dai trattati di Roma. Stato e prospettive dell’Unione europea*, Torino, 2016, 47-64.

²⁷ Cfr. N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali*, cit., 14.

²⁸ Cfr. A. Herranz-Surrallé, *The EU’s Multilevel Parliamentary (Battle)Field: Inter-parliamentary Cooperation and Conflict in Foreign and Security Policy*, in *West European Politics*, 37(5), 2014, 957-975.

²⁹ Come rileva A. Manzella, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, 3, il sistema parlamentare euro-nazionale risulta “aperto per forza di rappresentanza ai bisogni conflittuali che provengono dalla sfera pubblica europea; reattivo per capacità di interventi alle domande politiche dal basso; aggregatore di consenso politico diffuso ai fini della stessa legittimazione dell’intero ordinamento dell’Unione”.

³⁰ Cfr. N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali*, cit., 18.

³¹ Si utilizza l’idea della “multi-layered constitution” proposta in N. Bamforth, P. Leyland (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, 2003, 2, una costituzione che “contains multiple, but interconnected and sometimes overlapping European and national layers”, dove “power (both legislative and political) has been spread away from the

condivide con le precedenti letture la centralità della interazione e relazione tra diversi ‘poli’ istituzionali, considerati alla stregua di “strati” interconnessi e a volte sovrapposti in cui si inserisce anche lo “strato regionale” rappresentato dai Parlamenti regionali e dal sistema di relazioni interparlamentari che ad essi fanno capo.

2. I Parlamenti regionali nel *Multilayered Parliamentary system europeo*: alla ricerca di una nuova identità?

La *strange family*³² dei “Parlamenti regionali dotati di poteri legislativi” appare formalmente nel Prot. n.2 TUE in connessione all’accresciuto ruolo delle Regioni nello scenario europeo, quanto meno da un punto di vista funzionale, in netto contrasto alla mancanza di una partecipazione effettiva sul piano istituzionale relegata alla sola rappresentanza all’interno del Comitato delle Regioni. Tale *gap* o ‘debolezza istituzionale’, ha certamente influito sullo sviluppo di reti associative in grado di connettere interessi comuni tra i livelli regionali presenti nei diversi Stati membri e, nello specifico, tra quelli dotati di autonomia legislativa, portando alla nascita di sedi di cooperazione più o meno formalizzate come la CALRE (Conferenza delle Assemblee Regionali Legislative Europee) o la REGLEG (Conferenza delle Regioni europee con poteri legislativi)³³. Tuttavia, il salto di qualità dei Parlamenti regionali, da una mera funzione di *lobbying* a quella di soggetti istituzionali attivamente coinvolti nel processo decisionale europeo, si realizza con il Trattato di Lisbona e, in maniera specifica, con riferimento al controllo del principio di sussidiarietà.

Se è vero che solo 8 Stati membri dell’UE presentano una struttura territoriale composta (federale, regionale, a decentralizzazione asimmetrica) con Parlamenti regionali direttamente eletti e dotati di poteri legislativi, le competenze, pur variabili, loro riconosciute in ambito interno riguardano un ampio ventaglio di settori direttamente connessi all’attività legislativa e alle politiche dell’UE. In tali ordinamenti, quindi, l’analisi del sistema parlamentare multilivello o euro-nazionale (o *multi-layered*) deve necessariamente prendere in considerazione

Westminster Parliament, both ‘upwards’ to the European Union and ‘downwards’ to the devolved assemblies”.

Come rileva F.C. Mayer, *Multi-Layered and multi-levelled? Public law architectures for the 21st century*, in *Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht WHI-Paper 5/06* (2006), 7, da un punto di vista semantico il concetto di “layer” dà l’idea di “an addition to something like a core, whereas a “level” can probably be something meaningful in its own right”.

³² Riprendiamo, condividendo, l’espressione utilizzata da N. Lupo, *National and Regional Parliaments in the EU decision-making process, after the Treaty of Lisbon and the Euro-crisis*, in *Perspectives on Federalism*, Vol. 5, issue 2, 2013, 11.

³³ Sono costituiti, rispettivamente, dai legislativi e dagli esecutivi di 74 regioni europee caratterizzate dal riconoscimento di forme più o meno ampie di potere legislativo. Sulla natura e sul ruolo della CALRE si v., tra gli altri, P. Bußjäger, *The conference of European Regional Legislative Assemblies – an effective network for regional parliaments?*, in G. Abels & A. Eppler (Eds.), *Subnational parliaments in an EU multi-level parliamentary system: Taking stock of the post-Lisbon era*, Innsbruck, 2015.

i legislativi regionali. Ciò in stretta connessione alle aperture formali e istituzionali riconosciute dal Trattato di Lisbona che ha agito come una “wake-up call” per i Parlamenti regionali, attivando diverse riforme istituzionali e procedurali con l’obiettivo di incrementare il controllo degli affari dell’UE a livello subnazionale.

Di riflesso al riconoscimento della struttura composita dell’identità costituzionale degli Stati³⁴ (art. 4.2 TUE), il principio di sussidiarietà (art. 5.3 TUE) e la sua procedimentalizzazione (Prot. n.2) assegnano uno spazio al livello regionale secondo una logica che garantisce l’‘eguale opportunità’ di partecipazione ma non necessariamente l’eguaglianza nel risultato. In particolare, la partecipazione al cd. *early warning system* (EWS) relativo al controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà e al “dialogo politico” con la Commissione europea possono essere concepiti come strumenti utili a rafforzare la funzione di controllo parlamentare-regionale sulle attività europee³⁵.

In tal senso, anche ai Parlamenti regionali è possibile applicare quelle che alcuni autori considerano le tre principali funzioni che i Parlamenti nazionali hanno assunto nell’adattarsi alla struttura multilivello determinata dal processo di integrazione europeo, ovvero *gate-keeping*, *scrutinising* e *networking*³⁶. Se la prima si riferisce all’EWS, dato che anche i parlamenti regionali sono parte – in realtà potrebbero essere parte (“all’occorrenza”) ai sensi dell’art. 6 Prot. n.2 TUE – del sistema di controllo sul piano legislativo, la funzione di scrutinio riguarda, invece, la possibilità di controllare, direttamente o indirettamente (mediante la seconda camera rappresentativa), gli esecutivi regionali quando partecipano al coordinamento politico nazionale relativo agli affari europei. Infine, la funzione di *networking*, dà conto delle interazioni, verticali e orizzontali, dei parlamenti regionali con agli altri livelli istituzionali su scala interna ed europea e funge da ‘supporto’ alle altre due. Pur se strettamente correlate, la nostra attenzione si concentra principalmente sulla funzione di “guardiano” o *watchdogs* della sussidiarietà³⁷ la cui implementazione comporta necessariamente una

³⁴ Come rileva G. Davies, *Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, in *Common Market Law Review*, vol. 43 (1), 2006, si tratterebbe di due ‘anime’ di un “more mature multilevel constitutionalism”. Cfr. A. Ruggeri, *Integrazione europea e autonomia regionale: un ossimoro costituzionale?*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1, 2017, 50-70.

³⁵ Come si legge nella *Relazione della Commissione - Rapporto Annuale 2009 sui Rapporti tra Commissione Europea e Parlamenti Nazionali*, COM(2010) 291,10 “Nell’ottica della Commissione, il meccanismo di controllo della sussidiarietà e il dialogo politico costituiscono due facce della stessa medaglia, poiché il principio di sussidiarietà è parte di una relazione politica più estesa tra la Commissione e i parlamenti nazionali. I parlamenti hanno notevolmente apprezzato questo approccio se si considera che fino ad oggi i pareri espressi riguardavano la sostanza dei documenti della Commissione più che gli aspetti connessi alla sussidiarietà”.

³⁶ Cfr. G. Abels, *Subnational parliaments as ‘Latecomers’ in the EU multi-level parliamentary system – introduction*, in G. Abels & A. Eppler (Eds.), *Subnational parliaments in an EU*, cit., 23-60; T. Raunio, *The gatekeepers of European integration?*, cit.; C. Sprungk, *A new type of representative democracy? Reconsidering the role of national parliaments in the European Union*, in *Journal of European Integration*, 35, 2013, 547-563.

³⁷ Così I. Cooper, *The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 44, n. 2, 281-304, June 2006, pur utilizzato con riferimento ai Parlamenti nazionali.

rimodulazione della stessa ‘identità’ dei parlamenti regionali pur condizionata dal diverso raggio d’azione loro riconosciuto all’interno degli ordinamenti federoregionali europei. Diversi studi, spesso di natura empirica e qualitativa, mostrano come l’EWS possa costituire un utile strumento di *empowerment* dei Parlamenti regionali mossi a riformare e rimodulare la loro organizzazione e le procedure interne al fine di rendere quanto più effettiva la loro partecipazione al sistema di controllo e, dunque, per tale via, ad avvicinarsi maggiormente al sistema integrato europeo³⁸. Tale meccanismo sembra sintetizzare le due diverse direzioni assunte, nel tempo, dalle richieste regionali orientate, da un lato, ad ottenere una partecipazione attiva al *decision making* europeo che andasse oltre la mera presenza del Comitato delle Regioni – “let us in” –, e, dall’altro, a salvaguardare il proprio ambito decisionale dal progressivo *overlapping* europeo – “leave us alone” –³⁹. In tal senso, ci chiediamo se l’EWS, al di là della *parliamentary mobilization*⁴⁰, abbia effettivamente inciso sui poteri e sul ruolo dei parlamenti regionali all’interno del *Multilayered Parliamentary system* europeo a fronte di analisi che mostrano come lo *status* costituzionale delle regioni – certamente più incisivo negli Stati federali – o la presenza di caratteri ‘distintivi’, di natura economica o culturale, non sempre è sinonimo di una maggiore partecipazione al circuito dell’EWS⁴¹. Secondo tale prospettiva sarebbe, quindi, necessario adottare *domestic lenses* per analizzare la partecipazione parlamentare regionale all’EWS, se si considera che il controllo previo di sussidiarietà costituisce una “via di accesso interna” al processo decisionale europeo, ovvero l’inclusione dei parlamenti regionali è rimessa interamente alla volontà inclusiva degli Stati membri. D’altra parte, i parlamenti regionali sono situati all’interno di un doppio circuito “relazionale” di tipo orizzontale – relazione con i rispettivi esecutivi regionali – e verticale – relazione con i parlamenti nazionali –, conseguente alla specifica funzione di ‘raccordo’ (con i Parlamenti nazionali) assegnata loro dal sistema di EWS, che configura, quindi, un canale di accesso indiretto o interno al controllo politico (o sistema decisionale europeo)⁴².

³⁸ K. Boronska-Hryniewiecka, *Regional parliamentary empowerment in EU affairs. Building an analytical framework*, in *Journal of Legislative Studies*, vol. 23: 2, 2017, 144-161.

³⁹ Cfr. S. Alonso de León, *Regions and Subsidiarity in the European Union: A Look at the Role of the Spanish and other Regional Parliaments in the Monitoring of Compliance with the Principle of Subsidiarity*, in *European Public Law*, vol. 18, n. 2, 2012, 306.

⁴⁰ In tal senso si veda l’utile analisi di K. Borońska – Hryniewiecka, *Differential Europeanization? Explaining the impact of the early warning system on subnational parliaments in Europe*, in *European Political Science Review*, vol. 9(2), 2017, 255-278, secondo cui “exists, the two domestic factors that might affect the scope and effectiveness of subnational parliamentary mobilization in the EWS are (1) the relationship between the executive and legislature at the subnational level, and (2) the position of the subnational executive in domestic governance arrangements”, 256-57.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, 258

3. Brevi cenni al principio di sussidiarietà nel *multi-layered parliamentary system* europeo: strumento di cooperazione interattiva?

Sin dalla sua prima codificazione nel Trattato di Maastricht⁴³, il principio di sussidiarietà si presenta come un “Giano bifronte”⁴⁴, difficilmente collocabile lungo la linea di confine ‘diritto-politica’, introdotto allo scopo di risolvere la tensione esistente tra ‘integrazione’ e ‘prossimità’ nell’esercizio delle competenze condivise tra Unione europea e Stati membri⁴⁵. In tal senso, la sussidiarietà viene intesa come *constitutional safeguard* del federalismo europeo⁴⁶, finalizzata ad una chiara individuazione degli ambiti di intervento legislativo statale ed europeo. Tale principio, infatti, risponde alla specifica esigenza di razionalizzare l’ambito delle competenze europee ripartite, uno spazio ampio ed eccessivamente flessibile caratterizzato più che da una ‘linea’ di confine (comunque mobile), da una ‘rete’ di interconnessione tra i diversi centri istituzionali, soprattutto alla luce del riconoscimento di una identità statale plurale (art. 4.2 TUE) e della declinazione territoriale della stessa sussidiarietà nella nuova formulazione datane dal Trattato di Lisbona. È evidente che il principio in esame sia costituito da una componente “negativa” o logica del *self-government* e da una “positiva” o logica federale⁴⁷: esigenza di salvaguardare le competenze statali contro le ingerenze europee non necessarie, da un lato, e necessità di giustificare l’intervento europeo anche in aree ‘sensibilmente’ statali mediante lo ‘scudo’ del valore aggiunto dell’azione europea (in termini di efficacia), dall’altro.

Pur atteggiandosi a clausola di riparto competenziale, il principio di sussidiarietà “non mette in questione le competenze conferite all’Unione europea ma si limita a dare “un orientamento sul modo in cui tali competenze debbono

⁴³ In realtà, è possibile rintracciare già nell’Atto Unico Europeo un primo antecedente normativo del principio di sussidiarietà laddove l’articolo 130 R par. 4 prevedeva che la Comunità agisse in materia ambientale “nella misura in cui gli obiettivi possono essere realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli Stati membri”.

Nel Preambolo del Trattato di Maastricht gli Stati membri si dichiaravano «decisi a portare avanti il processo di creazione di una unione sempre più stretta fra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni sono prese il più vicino possibile a i cittadini conformemente al principio di sussidiarietà». Ancora, all’art. 1, c. 2, TUE si riafferma che “le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini”, obiettivo verso cui tende il Trattato medesimo. Sebbene si tratti di due campi d’azioni distinti, utilizzando un ‘metodo di lettura’ di tipo teleologico-sistematico – come suggeriva Ipsen – i principi di sussidiarietà e prossimità risultano fortemente interconnessi nella prospettiva del decentramento. Cfr. H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, p. 132.

⁴⁴ P. Caretti, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell’ordinamento comunitario e dell’ordinamento nazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/1993.

⁴⁵ K Lenaerts, *The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism*, in *Fordham International Law Journal*, n. 17, 2003, 846, 848.

⁴⁶ R Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2009, 247.

⁴⁷ D. Chalmers, G. Davies and G. Monti, *European Union Law: Cases and Materials*, Cambridge, 2014, 395 e C Calliess, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 1996, 94 e 105 secondo cui il “criterio negativo” riguarda l’insufficienza dell’azione degli Stati membri, mentre il “criterio positivo” – da utilizzare solo in caso di conferma del primo – implica un’analisi comparativa ‘costi-benefici’ considerando i diversi livelli di governo, compresa anche l’eventuale inazione dell’UE.

essere esercitate a livello comunitario”, consentendo che l’azione “sia ampliata laddove le circostanze lo richiedono e, inversamente, ristretta e sospesa laddove essa non sia più giustificata”⁴⁸. In tal senso, la sussidiarietà innegabilmente funziona come strumento in grado di connettere l’esercizio delle competenze non alla titolarità del potere ma all’adeguatezza delle funzioni svolte dal soggetto pubblico, rifacendosi ad una logica di mobilità competenziale di riposta come conseguenza di un esercizio competenziale funzionale agli interventi. Anche se qualcuno afferma che senza il riconoscimento del principio di sussidiarietà si possa vivere “quite happily” e “in peace in the European home”⁴⁹, esso rimane un asse fondamentale nella strutturazione del *plural constitutionalism*⁵⁰ europeo, una sorta di principio metacostituzionale del *contrapunctual law* europeo⁵¹, ancor di più alla luce delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona (art. 5.3 TUE) di natura testuale e sostanziale. Nella versione riformata, infatti, si include il livello regionale e locale, accanto a quello statale, nel perseguimento ottimale degli obiettivi in relazione al quale si giustifica l’eventuale intervento di *subsidiium* europeo e si rafforza il ‘nesso causale’ tra le due componenti del test di sussidiarietà⁵² (verifica che gli obiettivi dell’azione proposta non possano essere sufficientemente raggiunti a livello interno e eventuale intervento dell’Unione) oltre al riferimento specifico al controllo previo di sussidiarietà (Prot. 2 TUE). Seguendo la via del rafforzamento procedurale del principio – già avviata con il Protocollo n. 30 allegato al Trattato di Amsterdam⁵³ i cui “principi guida” non

⁴⁸ Così si legge all’art. 3 del *Protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità* introdotto dal Trattato di Amsterdam e allegato al TCE.

⁴⁹ P Pescatore, *Mit der Subsidiarität leben*, in O. Due, M. Lutter, J. Schwarze (eds), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, 1995, 1094.

⁵⁰ Si v., tra gli altri, i lavori di M. Maduro, M. Kumm, N. Walker, D. Halberstam, S. Besson, alcuni dei quali contenuti in J.L. Dunoff, J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, 2009.

⁵¹ Così M. Poires Maduro, *Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003.

⁵² Come rileva K. Granat, *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order. The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Oxford, 2018, 20, nella comparazione testuale dell’art. 3 B del TCE (“...la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario) con l’art. 5.3 TUE emerge l’utilizzo di una diversa espressione: al “e possono dunque” si sostituisce “ma possono” che implica, secondo l’A. un rafforzamento del nesso causale tra l’azione di verifica e l’intervento dell’Unione.

⁵³ In tale Protocollo veniva formalmente sancito quanto stabilito dal Consiglio europeo di Birmingham dell’ottobre 1992 e, successivamente, dal Consiglio europeo di Edimburgo dell’11 e 12 dicembre 1992, in merito all’approccio generale sull’applicazione del principio di sussidiarietà. Schematicamente, in tale Protocollo si prevedeva che, sulla base della sussidiarietà, in quanto concetto dinamico, si potesse scegliere il livello istituzionale più adeguato a svolgere l’azione in funzione delle circostanze; ogni proposta di atto legislativo doveva essere accompagnata da una dichiarazione sulle sue conseguenze in relazione al principio di sussidiarietà; l’azione comunitaria doveva essere minimamente vincolante, funzionalmente alla realizzazione soddisfacente dell’obiettivo preposto; l’applicazione del

sono rimasti indifferenti alla Corte di Giustizia⁵⁴ – si procede, infatti, a strutturare l'interazione interparlamentare, sul piano verticale e orizzontale, sulla base di un controllo di natura politica che riflette, in parte, la dottrina minimalista della Corte di giustizia (CGUE). La Corte, infatti, ha sempre mostrato un atteggiamento di *self restraint* rispetto alla giustiziabilità del principio in esame, interpretabile come prudenza del giudice europeo a muoversi su un terreno 'minato', ovvero con un principio di natura prevalentemente politica⁵⁵. D'altra parte la stessa CGUE ha operato una chiara distinzione tra il controllo politico della sussidiarietà, affidato ai parlamenti nazionali, e il controllo giudiziario *ex post* in cui la Corte "was entitled to consider, on the basis of a detailed statement, that the objective of the proposed action cannot be better achieved at EU level"⁵⁶. In effetti, la natura limita del *judicial scrutiny* è strettamente connessa al carattere del principio di sussidiarietà "catch-all formula of good government and common sense, rather than a well-defined political or philosophical principle" privo di un "clear legal content"⁵⁷. D'altra parte, se la giurisprudenza della Corte è sempre stata guidata da un'"idea integrazionista" non sorprende che il principio di sussidiarietà non venisse interpretato per produrre una 'rinazionalizzazione' di ambiti normativi ceduti al soggetto europeo. Non sono mancate, però, sollecitazioni della dottrina affinché la Corte andasse oltre l'interpretazione del controllo di sussidiarietà come *extrema ratio* esperibile in casi di "errore manifesto o sviamento di potere"⁵⁸. La fase 'post-Lisbona' non registra un cambio di rotta; dalla (scarsa) giurisprudenza emerge l'utilizzo di specifici criteri da parte della Corte, ovvero il "cross-border test" e l'uso del "impact assessments"⁵⁹. Tuttavia, è ancora il Prot.2 TUE ad aver introdotto un'altra novità in merito alla *subsidiarity action* in ambito giurisdizionale annoverando tra soggetti che possono interporre ricorso dinanzi la CGUE per violazione del principio di sussidiarietà i Parlamenti nazionali (in via indiretta) e il Comitato delle Regioni (art. 8). Al di là di ogni considerazione sulla effettività e

principio di sussidiarietà non rimetteva in questione le competenze conferite alla Comunità dal Trattato, per come interpretate dalla Corte di giustizia.

I principi guida in base ai quali valutare l'effettività delle condizioni per l'intervento della Comunità, proposti dal Protocollo, facevano riferimento ai seguenti criteri: carattere transnazionale dell'azione (in quanto tale non poteva essere disciplinata in maniera soddisfacente dagli Stati membri); la necessità di aderire alle prescrizioni del Trattato (sarebbe venuta meno con l'azione dei singoli Stati membri) e il maggior vantaggio derivante da un'azione comunitaria.

⁵⁴ In tal senso, per es., Corte giust., sent. 08-06-2010, C-58/08 *Vodafone and Others*, par. 72 e 12-05-2011, C-176/09 *Luxembourg v Parliament and Council*, par. 76.

⁵⁵ T. Tridimas, *The Rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity*, in A. Schrauwen (ed), *Rule of Reason: Rethinking Another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, 2005, 120.

⁵⁶ Corte giust., sent. 04-05-2016, C-358/14 *Poland v Parliament and Council*, par. 112 e 114.

⁵⁷ A. Biondi, *Subsidiarity in the Courtroom*, in A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley (eds.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, 220.

⁵⁸ V., tra gli altri, M. Kumm, *Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union*, in 2 *European Law Journal*, 2006, 503; G. Martinico, *Dating Cinderella: On subsidiarity as a political safeguard of federalism in the European Union*, in *European Public Law*, 17, 2011, 4, 649-660.

⁵⁹ Per maggiori approfondimenti si v. K. Granat, *The Principle of Subsidiarity*, cit. 32 ss.

incisività delle procedure sul piano formale, tali previsioni contribuiscono certamente a configurare il potere di controllo, delineato dai Trattati, come utile congegno ‘lobbystico’ nei confronti del legislatore europeo affinché tenga in più seria considerazione i pareri e le osservazioni mosse in ambito parlamentare nazionale (e/o regionale). Ciò comporta il riconoscimento di un più reale funzionamento ‘bidirezionale’ del principio di sussidiarietà, finalizzato non solo a tutelare l’azione del centro europeo, ma anche a salvaguardare le specificità e le articolazioni statali e infrastatali.

3.1 La procedimentalizzazione del “dialogo sussidiario”: l’*Early Warning System* strumento di controllo o di partecipazione?

Se è evidente, quindi, che i maggiori problemi in ordine alla corretta applicazione del principio di sussidiarietà derivano dalla sua natura ‘metagiuridica’ – la non cospicua giurisprudenza della CGUE, come visto *supra* ne dà prova –, l’introduzione del Prot.2 TUE delinea un rafforzamento procedurale del principio strettamente connesso all’intervento dei Parlamenti nazionali destinatari di tutti i progetti di atti legislativi europei predisposti dal legislatore dell’Unione dopo aver effettuato “ampie consultazioni” che devono prendere in considerazione anche la “dimensione regionale e locale delle azioni previste” (art. 2 Prot.2 TUE). Di conseguenza ogni progetto di atto legislativo fornito di una specifica scheda tecnica contenente “elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”, dovrà essere motivato ai fini della valutazione non solo dell’impatto finanziario ma anche della “regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri, ivi compresa, se del caso, la legislazione regionale” (art. 5).

Concretamente, tale procedura si snoda lungo un *iter* la cui attivazione spetta ai Parlamenti nazionali (che possono coinvolgere i Parlamenti regionali dotati di potere legislativo) che dispongono di due voti ripartiti in conformità al proprio sistema parlamentare. Entro un termine di otto settimane, a partire dalla data di trasmissione della proposta legislativa da parte della Commissione e prima dell’avvio della procedura legislativa vera e propria, ogni Parlamento nazionale può formulare un parere motivato circa il rispetto del principio di sussidiarietà nella proposta in esame. Nei casi di non conformità al principio si mette in ‘allarme’ il legislativo europeo obbligandolo, in taluni casi, a riesaminare la proposta. I pareri emessi dai legislativi nazionali, infatti, non sono atti privi di conseguenze nel processo di controllo pur trattandosi di una ‘stretta’ verifica il cui fine prioritario non è la modifica del contenuto dell’atto in esame. Il dato interessante è il passaggio dall’*early warning* alla *early action*, ovvero le conseguenze derivanti dall’avvio di tale meccanismo, il cui grado di vincolatività dipende dal numero e dal contenuto dei pareri motivati ricevuti. Dall’effetto più *soft* nel caso del

“cartellino giallo”⁶⁰ – con mero obbligo di riesame da parte della Commissione – si passa ad un effetto più forte nel caso di “cartellino arancione”, prevedendosi la possibilità che il legislatore UE possa decidere di ritirare la proposta⁶¹.

Non è questione semplice capire di che tipo di controllo si tratti: *legal* o *political scrutiny*?

In uno studio monografico del 2012 Kiiver⁶², qualifica la funzione di controllo svolta dai Parlamenti nell’ambito dell’EWS in termini di funzione “consultiva giuridico-istituzionale”. Secondo questo autore, il controllo tramite EWS, dovrebbe concentrarsi “on the lawfulness, on the admissibility of legislation, rather than its political desirability”. Un’interpretazione restrittiva è anche quella proposta da Fabbrini-Granat in uno studio del 2013⁶³ secondo cui il ruolo dei parlamenti ai sensi del Protocollo n. 2 dovrebbe essere limitato alla mera analisi della sussidiarietà, in senso tecnico-giuridico, di una proposta legislativa e non esteso alla valutazione della sua necessità o merito politico. Secondo tale prospettiva, l’EWS non dovrebbe permettere ai Parlamenti di esprimersi sul contenuto di un progetto legislativo, sulla sua proporzionalità o sulla correttezza della sua base giuridica⁶⁴.

Di contro altri autori hanno osservato che il principio di sussidiarietà ha una varietà di significati e dimensioni, non potendo essere compreso unicamente come principio giuridico⁶⁵, sottolineando un ruolo ‘strumentale’ non secondario dell’EWS nel rendere i Parlamenti nazionali più consapevoli della loro funzione

⁶⁰ Ai sensi dell’art. 7.1 e 2 “Qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di un progetto di atto legislativo rappresentino almeno un terzo dell’insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali conformemente al paragrafo 1, secondo comma, il progetto deve essere riesaminato (...). Al termine di tale riesame, la Commissione o, se del caso, il gruppo di Stati membri, il Parlamento europeo, la Corte di giustizia, la Banca centrale europea o la Banca europea per gli investimenti, se il progetto di atto legislativo è stato presentato da essi, può decidere di mantenere il progetto, di modificarlo o di ritirarlo. Tale decisione deve essere motivata”.

⁶¹ Se sulla proposta si esprime, in negativo (con riferimento alla violazione del principio di sussidiarietà), almeno la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali, oltre all’obbligo di riesame l’art. 7.3 Prot.2 TUE prevede che se l’organo cui risale l’iniziativa legislativa decide di continuare l’iter mantenendo l’atto, è necessario allegarvi un parere motivato che verrà inviato, insieme ai pareri dei Parlamenti statali, al legislatore europeo. A differenza del ‘cartellino giallo’, in questo caso è il legislatore dell’Unione – il Parlamento europeo e il Consiglio – ad avere l’ultima parola, “tenendo particolarmente conto delle ragioni espresse e condivise dalla maggioranza dei Parlamenti nazionali, nonché del parere motivato della Commissione”. In presenza di particolari maggioranze – il 55% dei voti ponderati dei membri del Consiglio o la maggioranza dei voti espressi dal Parlamento europeo – laddove il legislatore ritenga che non vi sia compatibilità può porre un veto alla proposta legislativa.

⁶² Cfr. P. Kiiver, *The Early Warning System*, cit., 133 ss.

⁶³ Cfr. F. Fabbrini, K. Granat, *Yellow card, but no foul: the role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the commission proposal for an EU regulation on the right to strike*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, 115-144.

⁶⁴ F. Fabbrini, K. Granat, *Yellow card*, 28. Nel commentare l’utilizzo della prima *yellow card* i due A. ritengono che i Parlamenti abbiano messo in atto una forma di controllo *ultra vires* contravvenendo allo spirito e alla lettera dell’EWS.

⁶⁵ Così, M. Goldoni, *Reconstructing the Early Warning System on Subsidiarity: The Case for Political Judgment*, in *European Law Review*, 5/2014, 647-663; I. Cooper, *A ‘Virtual Third Chamber’ for the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon*, in *West European Politics*, 35:3, 2012, 441-465.

europea⁶⁶.

In effetti, interpretando la portata dell'EWS in senso stretto, si rischia di non rilevare la potenziale opportunità di ‘politicizzare’ il dialogo tra la Commissione e i parlamenti nazionali. Secondo questa lettura dell'EWS, infatti, il controllo della sussidiarietà si limiterebbe a verificare che la proposta della Commissione abbia rispettato le procedure piuttosto che effettuare una valutazione politica del principio stesso (opportunità). Una lettura rigorosamente formalista del Prot.2 TUE porrebbe, certamente, un quesito: quale sarebbe la convenienza (e il valore aggiunto) di investire tempo e risorse politiche in un controllo così ristretto e formalistico?⁶⁷

In realtà attraverso l'EWS i Parlamenti hanno la possibilità di rendere evidente un eventuale dissenso ma si tratta, comunque, di un “controllo in negativo”, sia da un punto di vista formale che politico, poiché i cartellini non bloccano automaticamente la proposta di legge e soprattutto, i parlamenti nazionali non agiscono come agenti collettivi, cioè non rappresentano una terza camera autonoma. Ciò significa che l'attivazione di un cartellino giallo non è il risultato di uno sforzo coordinato e collettivo dei parlamenti nazionali, ma della mera aggregazione delle loro preferenze individuali. D'altra parte, se interpretato come strumento politico, tale tipo di controllo non solo potrebbe fungere da mezzo per contenere l'espansione ingiustificata delle competenze dell'UE ma anche come strumento per evitare gli effetti negativi dell'impatto di un esercizio europeo delle competenze sugli elementi costituzionali nazionali essenziali (quelli che definiscono l'identità costituzionale dello Stato)⁶⁸. In effetti, concordiamo con quanti sottolineano un difetto di fondo insito nelle ‘restrittive’ dell'EWS: non valutare adeguatamente la natura dei parlamenti, nazionali e regionali. I parlamenti sono istituzioni politiche per cui inevitabilmente l'aspetto procedurale tende ad essere “multifunzionale”, ovvero libero nell'obiettivo che stanno perseguendo attraverso le procedure medesime⁶⁹.

Utili indicazioni, possono venire dall'utilizzo sinora effettuato dei cd. “cartellini gialli”⁷⁰.

⁶⁶ Così, per es., A. Jonsson Cornell and M. Goldoni, *National and Regional Parliaments in the EU-Legislative Procedure Post-Lisbon: The Impact of the Early Warning Mechanism*, Oxford, 2017, 353.

⁶⁷ Così, M. Goldoni, *Reconstructing the Early Warning*, cit., 101 ss.

⁶⁸ *Ibidem*, 108.

⁶⁹ Cfr. N. Lupo, *National and Regional Parliaments*, cit. 17.

⁷⁰ Finora sono stati attivati solo tre ‘cartellini gialli’. Il primo, nel 2012, viene attivato sulla proposta di regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive [(COM(2012) 130 final, cd. Regolamento Monti II)] e riesce ad ottenere il ritiro della proposta a parte della Commissione pur non ritenendo che fosse in contrasto con il principio di sussidiarietà. Il secondo cartellino, nel 2013, viene presentato in relazione alla proposta di regolamento della Commissione che istituisce la Procura europea (COM(2013) 534 final) ma la Commissione decide di mantenere la proposta motivandone la scelta (COM(2013) 851). Il terzo cartellino, nel 2016, riguarda la proposta della Commissione di rivedere la direttiva sul distacco dei lavoratori (COM(2016) 128 final) e anche in questo caso la Commissione decide di mantenere la proposta (comunicazione COM(2016) 505.)

4. Riflessioni in prospettiva comparata: I Parlamenti regionali *Key Players* o *Side-Shows*⁷¹ nell'EWS?

L'ultima parte dell'analisi è dedicata all'interazione parlamentare regionale nella sua dimensione orizzontale e verticale nell'ambito del *subsidiarity scrutiny* in alcuni ordinamenti (tra gli 8 che presentano "regioni legislative") federato-regionali. La specifica 'architettura istituzionale' che ciascun ordinamento presenta incide, e non poco, sulle modalità di interazione verticale e orizzontale dei parlamenti regionali riflettendosi sull'*an* e *quommodo* dell'utilizzo dell'EWS e sulla sua funzione di *empowerment* dei parlamenti regionali.

Particolarmente interessante risulta, infatti, la connessione tra la diversa declinazione assunta dai principi di "self-rule" e "shared-rule" negli ordinamenti esaminati, accompagnata da una diversa 'vocazione' asimmetrica o cooperativa tra i diversi 'strati' istituzionali del sistema, e la "mobilitazione regionale" in ambito europeo esaminata attraverso lo specchio del principio di sussidiarietà.

Il Prot.2 TUE si limita a prevedere la possibilità di coinvolgere i parlamenti regionali – *all'occorrenza* – nel quadro del controllo di sussidiarietà rimettendo ai parlamenti nazionali la scelta in merito alle modalità, tempistica e tipologia contenutistica degli atti da sottoporre allo scrutinio regionale. Ciò spiega perché in alcuni Stati membri i parlamenti regionali siano sistematicamente coinvolti e ascoltati, mentre in altri non hanno il potere di innescare il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà o comunque non hanno sufficiente garanzia che i loro pareri siano debitamente presi in considerazione⁷².

Degli otto ordinamenti in cui sono presenti Parlamenti regionali dotati di potere legislativo (Germania, Austria, Belgio, Spagna, Italia, Portogallo, Finlandia, Regno Unito) solo in Austria i parlamenti dei Länder austriaci sono direttamente rappresentati in una delle due camere parlamentari nazionali⁷³. In realtà, con la riforma del 2014 anche il Belgio si è dotato di una seconda camera in cui siedono rappresentanti delle Regioni ma il funzionamento di tale ordinamento è così complesso – la logica di rappresentanza funziona secondo linee non di tipo

Per maggiori approfondimenti si v., tra gli altri, F. Fabbrini and K. Granat, *Yellow Card*, cit., M. Goldoni, *The Early Warning System*, cit., C. Fasone, *Parlamenti nazionali e controllo di sussidiarietà: il secondo "cartellino giallo" sull'istituzione della procura europea*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2014, 165-167, D. Fromage, *The Second Yellow Card on the EPPO Proposal: An Encouraging Development for Member States Parliaments?*, in *Yearbook of European Law*, 35(1), 2016, 5-27; D. Jancic, *EU Law's Grand Scheme on National Parliaments: The Third Yellow Card on Posted Workers and the Way Forward*, in Id. (ed.), *National Parliaments after the Lisbon Treaty and the Euro Crisis: Resilience or Resignation?*, Oxford, 2017, 299-312; N. Lupo, *Le molteplici funzionidell'early warning system ,alla luce del terzo "cartellino giallo" sui lavoratori distaccati*, in AA.VV., *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017.

⁷¹ Espressioni riprese dal saggio di C. Sprungk, *National Parliamentary Scrutiny in the European Union: The German Bundestag and the French Assemblée Nationale, Key Players or Side-Shows?*, Paper presentato alla EUSA Conference, Nashville, TN, 27-30 March 2003.

⁷² In tal senso si v., D. Fromage, *Regional Parliaments and the Early Warning System: An Assessment and Some Suggestions for Reform*, in A. Jonsson Cornell and M. Goldoni (eds), *National and Regional Parliaments*, cit.

⁷³ Si v. P. Schmitt T. Ruys; A. Marx, *The Subsidiarity Early Warning System of the Lisbon Treaty – the role of regional parliaments with legislative powers and other subnational authorities*, Bruxelles, 2013.

territoriale bensì linguistico-identitaria – che ha richiesto l’inserimento di una apposita ‘clausola’ all’interno del Trattato di Lisbona (v. *infra*)⁷⁴.

Nello specifico, si analizzano i casi di, Belgio, Germania, Italia e Spagna.

La scelta si deve non solo al tipo di ‘conformazione’ istituzionale-territoriale presentata dagli stessi – federale nei primi due casi e regionale negli altri due – ma alle peculiarità esistenti in tali ordinamenti che ci consentono di capire fino a che punto il “fattore europeo”, in questo caso il meccanismo di EWS, riesce a influenzare il sistema di interazioni interparlamentari e ne rimane a sua volta influenzato consentendo o meno un *empowerment* del ruolo regionale.

Prima di riferirci, brevemente, ai casi menzionati, in premessa si rileva come l’analisi comparata mostri che la distribuzione di competenze tra ‘centro’ e regioni al momento di stabilire i casi in cui le regioni possono esprimere i loro pareri nel quadro dell’EWS non risulta determinante. Il *Bundesrat* tedesco (dove siedono i rappresentanti dei governi regionali) dispone sempre uno dei due voti, assegnati dal Prot. 2 ai parlamenti nazionali, indipendentemente dal fatto che la proposta esaminata influenzi o meno le competenze dei Länder. Al contrario, le regioni spagnole e quelle italiane dipendono sempre dalla volontà del Parlamento nazionale di prendere in considerazione le loro opinioni in quanto nessuno dei due voti nell’EWS potrà mai essere loro delegato⁷⁵.

4.1 L’EWS in ‘prospettiva federale’: Belgio e Germana

Il Belgio è forse l’esempio più emblematico della interconnessione tra l’art. 5.3 TUE, la declinazione multilivello del principio di sussidiarietà, e l’art. 4.2 TUE, ovvero il riconoscimento dell’identità costituzionale statale composita come spazio e limite all’esercizio sussidiario delle competenze da parte dell’Unione. Il caso belga si differenzia dagli altri perché si tratta dell’unico Stato membro la cui partecipazione all’EWS è oggetto di una dichiarazione specifica allegata ai Trattati – la Dichiarazione n. 51 del Regno del Belgio sui parlamenti nazionali – dove si precisa che in Belgio, in virtù del suo diritto costituzionale, la Camera dei rappresentanti e il Senato del Parlamento federale e le assemblee parlamentari delle Comunità e delle Regioni agiscono, relativamente alle competenze esercitate dall’Unione, come componenti del sistema parlamentare nazionale o camere del Parlamento nazionale. Di conseguenza, i 5 parlamenti regionali (*Het Vlaams Parlement*, il *Parlement de Wallonie*, il *Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale*, il *Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles* e il *Parlament der Deutschsprachigen Gemeinschaft*) possono fare uso dei diritti attribuiti alle camere parlamentari nazionali nel quadro dell’EWS. Sulla base di un *Accordo di cooperazione*

⁷⁴ Sul caso belga si v., nello specifico, W. Vandenbruwaene. P. Popelier, *Belgian Parliaments and the Early Warning System*, in A. Jonsson Cornell, M. Goldoni (eds.), *National and Regional Parliaments*, cit.

⁷⁵ Cfr. D. Fromage, *Regional Parliaments*, cit., 7.

*interistituzionale*⁷⁶ (applicato sin dal 2008) e dei regolamenti dei diversi parlamenti, l'organizzazione della divisione dei due voti che spettano al Belgio segue una logica “rompicapo” che non ci sorprende se consideriamo il funzionamento quasi ‘confederale’ di tale sistema⁷⁷. La premessa dell'Accordo di cooperazione parlamentare è che le camere federali e i parlamenti regionali possano emettere, separatamente e in modo autonomo, un parere motivato che dichiari l'eventuale violazione del principio di sussidiarietà di proposte di atti normativi UE che rientrano nelle rispettive aree di competenza. L'Accordo disciplina, poi, la complessa procedura per l'emissione dei pareri e la distribuzione dei voti tra i diversi parlamenti individuando nel Segretariato della Conferenza dei presidenti delle Assemblee legislative il *pivot* della procedura⁷⁸. Il sistema, infatti, si basa sul rispetto dell'equilibrio competenziale tra i parlamenti dei diversi livelli istituzionali; eventuali controversie vengono risolte dal Consiglio di Stato o, in ultima ipotesi sono i presidenti dei diversi parlamenti a cercare di trovare un consenso. Il valore attribuito ai pareri dei parlamenti regionali belgi non dipende, quindi, dalle camere federali (a differenza di quanto accade negli altri ordinamenti qui analizzati); piuttosto, la divisione dei due voti attribuiti al Belgio dal Prot.n. 2 TUE è suddivisa in base alla competenza di ciascuna assemblea. Il Senato (ora composto da una maggioranza di senatori (50) provenienti dai parlamenti federati e un numero esiguo (10) di membri cooptati), svolge una funzione di connessione con i parlamenti regionali quanto meno nella iniziale e rilevante funzione di trasmissione delle proposte legislative europee⁷⁹.

Anche se i parlamenti regionali belgi occupano una posizione unica nel sistema dell'Unione europea e sono gli unici parlamenti subnazionali ad avere accesso diretto al meccanismo di EWS, non mostrano particolare propensione all'utilizzo di questo strumento di controllo⁸⁰. Diverse analisi spiegano questo paradosso considerando l'atteggiamento tradizionalmente molto europeista dei partiti politici belgi ma soprattutto emerge come il processo decisionale europeo sia ancora troppo spesso considerato monopolio dei governi⁸¹. In effetti, sul piano cooperativo, la cooperazione intergovernativa orizzontale lascia poco spazio ai

2854

⁷⁶ *Accord de coopération entre l'État fédéral, les Régions, les Communautés, la Commission communautaire française et la Commission communautaire commune relatif à l'exercice des compétences attribuées aux parlements nationaux par le Traité sur l'Union européenne, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les protocoles y annexes, Annexes au Règlement de la Chambre des représentants* (le 29 mars 2017).

⁷⁷ A. Mastromarino, *Evaporazione vs solidificazione: la sfida belga*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 4/2014, 909 ss.

⁷⁸ Come previsto dall'art. 6 dell'*Accord de coopération* il segretariato della Conferenza dei presidenti delle assemblee parlamentari comunica i pareri motivati sulla sussidiarietà e il numero di voti espressi ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione. Nel caso in cui ci siano pareri divergenti, queste sono raccolte in un unico documento che menziona l'identità e la posizione di ciascun parlamento.

⁷⁹ Art. 3. *Accord de coopération*

⁸⁰ Così W. Vandenbruwaene and P. Popelier, *Belgian Parliaments*, cit.

⁸¹ In tal senso X. Vanden Bosch, *The Belgian parliaments and EU affairs: the reasons behind their limited involvement* ' 28 *European Policy Brief*, 2014: www.egmontinstitute.be/wp-content/uploads/2014/03/EPB-28-ENG-Parliaments.pdf.

parlamenti nell’influenzare la posizione del Belgio in sede europea. I parlamenti sono praticamente esclusi dal processo di coordinamento interno condotto quasi esclusivamente dai governi e dalle pubbliche amministrazioni in merito alle questioni europee per cui l’interazione parlamentare orizzontale risulta molto più debole di quella intergovernativa orizzontale. Tra gli ostacoli di natura ‘endogena’ allo scarso utilizzo dell’EWS vi è certamente la natura duale del federalismo belga e la mancanza di un forum di coordinamento⁸². Mentre tra quelli ‘esogeni’ (livello europeo), influiscono la mancanza di linee guida per focalizzare il test di sussidiarietà, di una procedura dettagliata e la stretta *deadline*, che interferisce con l’autonomia istituzionale interna e non prevede sufficiente tempo per un significativo dibattito inter-livello sulla sussidiarietà. Probabilmente ciò spiega perché i Parlamenti regionali considerano il Dialogo Politico più rilevante dell’EWS percepito come “meccanismo tecnico e procedurale”⁸³.

In Germania il sistema di controllo di sussidiarietà svolto dal Parlamento si caratterizza per un forte grado di ‘procedimentalizzazione’ come emerge dal “mosaico di disposizioni” che, a partire dalla Legge fondamentale (artt. 23 e 45), coinvolgono i Regolamenti interni delle Camere parlamentari e la legislazione ordinaria di settore⁸⁴. Data la caratterizzazione del sistema federale tedesco – elevato grado di cooperazione verticale e orizzontale e presenza di una forte logica di negoziazione – e la peculiare natura del *Bundesrat* (composto da delegati dei governi regionali soggetti a vincolo di mandato), i Parlamenti regionali sono fortemente incentivati a stabilire relazioni e meccanismi di controllo nei confronti dei propri governi⁸⁵. Ciò si riflette nell’esistenza di diverse discipline a livello di fonti statali orientate a stabilire procedure per la cooperazione e la collaborazione tra parlamenti regionali e governi regionali affinché la *voice* dei parlamenti possa essere presa in considerazione dal *Bundesrat*. In effetti, è lungo l’asse parlamento-governo regionale che si realizza la reale partecipazione dei parlamenti regionali alle questioni europee e alle procedure di controllo di sussidiarietà⁸⁶. Se è vero che

⁸² W. Vandenbruwaene and P. Popelier, *Belgian Parliaments*, cit., secondo cui il Senato, che dal 2014 è la camera in cui sono rappresentate le regioni, potrebbe fungere da forum per incrementare il dibattito e il coordinamento tra i diversi livelli.

⁸³ T. Delreux, F. Randour, *Belgium : Institutional and Administrative Adaptation but Limited Political Interest*, in C. Heffler et al. (eds.), *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, Basingstoke, 2015.

⁸⁴ In particolare, la “Legge sulla responsabilità per l’integrazione” (*IntVG*, 2009), la “Legge sulla cooperazione tra Governo federale e *Bundestag* tedesco nei settori relativi all’UE” (*EUZBBG*, 2013), e la “Legge sulla collaborazione tra Bund e Länder sulle questioni europee” (*EUZBLG*, 2009). Si v. F. Sgrò, *L’incidenza “multilivello” del controllo di sussidiarietà sugli equilibri istituzionali: l’esperienza del parlamento tedesco nel c.d. spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in P. Bilancia (a cura di), *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, 2016, 140 ss.

⁸⁵ Si v. G. Abels, *Adapting to Lisbon: reforming the role of German Landesparlamente in EU affairs*, in *German Politics*, 22, 2013, 353-378; G. Abels, *Latecomers fighting back: Subnational parliaments in European affairs – Introduction*, in G. Abels & A. Eppler (Eds.), *Subnational parliaments in the EU*, cit.

⁸⁶ Cfr. G. Abels, *Mandating – a likely scrutiny instrument for regional parliaments in EU affairs?*, in *The Journal of Legislative Studies*, 23:2, 2017, 170.

la ‘questione’ relativa al principio di sussidiarietà ha da sempre costituito uno dei temi principali dei dibattiti della *Landtagspräsidentenkonferenz* (Conferenza dei presidenti del *Landtag*)⁸⁷, i parlamenti regionali non hanno mostrato molto interesse ad adeguare le loro strutture istituzionali per partecipare all'EWS⁸⁸.

Tuttavia, studi recenti hanno rilevato una certa dinamicità dei Parlamenti tedeschi, evidenziando l'esistenza di un panorama parlamentare regionale asimmetrico⁸⁹; tali analisi considerano altri fattori – non solo i vincoli costituzionali derivante da un sistema di federalismo esecutivo – che influenzano il grado di attivismo dei parlamenti regionali nell'EWS, come, ad es., il ruolo delle amministrazioni parlamentari che hanno subito un progressivo rafforzamento al fine di controllare più efficacemente le attività del proprio governo. Il risvolto della medaglia, però va nella direzione di delegare compiti ad altri attori non eletti per contrastare la “deriva esecutiva”⁹⁰. Tale caso evidenzia come la democratizzazione parlamentare dell'Unione europea prevista dal Trattato di Lisbona rischia, di fatto, di essere “sovrascritta” da un processo di “burocratizzazione parlamentare”⁹¹. Tuttavia, è necessario sottolineare che nel caso dei parlamenti regionali tedeschi l'attivismo del Tribunale costituzionale federale tedesco ha svolto una funzione significativa nel rafforzamento dei loro diritti. Così è stato con la nota “sentenza Lisbona” del *Bundesverfassungsgericht*⁹², con la quale si promuove una più intesa partecipazione attiva del *Bundestage* e il *Bundesrat* alla *Integrationsverantwortung*, che ha costituito un momento propulsivo per la richiesta di nuovi diritti di controllo parlamentare negli affari dell'UE da parte dei *Landtage*. Secondo l'ex giudice del Tribunale costituzionale federale, Hans-Jürgen Papier, i *Landtage* avrebbero dovuto “tirare il freno di emergenza” per evitare un'ulteriore perdita di potere e a tal fine incoraggia i *Landtage* a redigere nuovi regolamenti istituzionali in grado di vincolare i loro governi alle decisioni parlamentari⁹³. In effetti, la prima reazione è arrivata dal *Land* Baden-Württemberg – seguito da Baviera e Turingia – che ha modificato la propria Costituzione con la previsione di *mandating instruments* che vincolano, in maniera più o meno stringente, il governo regionale alle direttive

⁸⁷ Sul ruolo svolto da tale organismo di cooperazione nel rafforzamento della partecipazione dei Lander agli affari europei si v. G. Abels, *Sub-National Parliaments in a Multi-Level Parliamentary System - Reform Processes in the German Länder in the Post-Lisbon Era*, Conference paper presentato a Passau, 3 September 2012, 7 ss.

⁸⁸ D. Fromage, *Regional parliaments and the early warning system: an assessment six years after the entry into force of the Lisbon Treaty*, in *SOG-WP*, 33/2016, 12.

⁸⁹ Cfr. G. Abels, *Adapting to Lisbon*, cit.

⁹⁰ Cfr. A. Buzogány & J. Häsing, *Spokes in the wheel. European affairs and the parliamentary administration of German Landtage*, in *The Journal of Legislative Studies*, 23:2, 2017, 202.

⁹¹ In tal senso si v., T. Christiansen, A.L. Högenauer, & C. Neuhold, *National parliaments in the post-Lisbon European Union: Bureaucratization rather than democratization?*, in *Comparative European Politics*, 12, 2014, 121-140 e A.L. Högenauer, C. Neuhold, & T. Christiansen, *Parliamentary administrations in the European Union*, Basingstoke, 2016.

⁹² *BVerfG*, 2 BvE 2/08 del 30.6.2009 sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania.

⁹³ Parole pronunciate durante il *Meeting* annuale dei presidenti dei *Landtage* tedeschi e austriaci nel 2010 a Stoccarda, considerato una *milestone* nel processo di progressivo rafforzamento dei poteri di controllo dei parlamenti regionali. Così, G. Abels, *Adapting to Lisbon*, cit., 358 s.

impartite dal parlamento regionale sulle questioni europee⁹⁴. Si tratta di strumenti particolarmente rilevanti considerato che, sul piano costituzionale, i parlamenti regionali non godono del diritto di interferire o vincolare i membri del *Bundesrat*⁹⁵.

4.2 L'EWS in ‘prospettiva regionale’: Italia e Spagna

Analizzando il caso italiano emerge, sul piano generale, un atteggiamento ‘prudente’ delle Camere relativamente alla interazione con le assemblee legislative regionali; è stato efficacemente sottolineato in dottrina come il livello statale sia ancora affetto da una *regional blindness*⁹⁶ sul piano della interazione interparlamentare, data l’inesistenza di un canale di connessione diretto tra le due camere e i consigli regionali, e laddove previsto – la commissione bicamerale per le questioni regionali – non implementato. Dal punto di vista normativo, bisogna aspettare la legge n. 234/2012 per avere il primo ‘riconoscimento formale’ di un coinvolgimento delle regioni nel sistema di EWS e nella procedura del Dialogo politico. In particolare, il sistema di allerta precoce è stato tradotto negli articoli 8 e 25 della legge n. 234/2012, nei quali si prevede rispettivamente che ciascuna Camera parlamentare formuli un parere motivato sulla conformità al principio di sussidiarietà dei progetti di atti legislativi dell’Unione consultando all’occorrenza le Assemblee delle Regioni e delle Province autonome (art. 8). Questi ultimi, a loro volta, possono far pervenire alle Camere le loro osservazioni in tempi utili per l’esame parlamentare, dandone contestuale comunicazione alla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e Province autonome (art. 25). La disciplina relativa alle modalità consultazione dei Consigli regionali non viene espressamente delineata dalla L. 234/2012 che si limita ad operare un rinvio generale ai regolamenti parlamentari, rimettendo, quindi, alla discrezionalità delle Camere la possibilità della loro consultazione. Rimane altresì ‘vago’ il termine temporale entro cui i Consigli regionali possano inviare i pareri sul controllo di sussidiarietà alle Camere (“in tempo utile per l’esame parlamentare”). In attesa della necessaria riforma dei regolamenti parlamentari, si è provveduto in via ‘sperimentale’, con due pareri della Giunta per il regolamento alla Camera e con una lettera del Presidente del Senato ai Presidenti delle Commissioni permanenti⁹⁷.

Mentre alla Camera la verifica della sussidiarietà, scissa da quella sul merito della proposta europea, è concentrata in capo alla XIV Commissione competente

⁹⁴ Cfr. A Buzogány & J. Häsing, *Spokes in the wheel*, cit., 208.

⁹⁵ Così G. Abels, *Mandating – a likely scrutiny*, cit., 170.

⁹⁶ C. Fasone, *The Relationship between State and Regional Legislatures, starting from the Early Warning Mechanism*, nella special issue di *Perspectives on Federalism* J.M^a. Castellà Andreu, E. Gianfrancesco, N. Lupo (cur.), *Regional Parliaments in the European Union: A comparison between Italy and Spain*, n. 5/2013, 133.

⁹⁷ Rispettivamente del 6 ottobre 2009 e del 14 luglio 2010 e del 1 dicembre 2009. V. M. Olivetti, *Parlamenti nazionali*, cit., A. Esposito, *Il Trattato di Lisbona e il nuovo ruolo costituzionale dei parlamenti nazionali: le prospettive per il parlamento italiano*, in *Rassegna parlamentare*, vol. 51, 4, 2009, 119-1173.

in materie di “Politiche dell’Unione europea”, presso il Senato, invece, l’esame dei progetti, sia sotto il profilo del merito che della sussidiarietà, era «decentrato», ovvero veicolato da un atto di indirizzo approvato dalla Commissione competente per materia con le osservazioni della XIV Commissione permanente “Politiche dell’Unione europea”. Nonostante il carattere perfettamente simmetrico del bicameralismo le procedure messe in campo dalle due Camere sono diversificate e non coordinate. In effetti, tra le due Camere, è il Senato ad aver mostrato un maggiore orientamento “pro-regional” quanto alla considerazione dei pareri espressi dai Consigli regionali, anche grazie allo strumento dei “voti regionali” previsto dall’art. 138 del suo Regolamento⁹⁸ e, in particolare, la XIV Commissione permanente ha progressivamente assunto il ruolo di ‘motore’ del circuito cooperativo interparlamentare verticale. A tale sede si è aggiunta, inoltre, dal 12 marzo 2014, una nuova “Sottocommissione permanente per i rapporti con le Regioni in materia di politiche europee”, incaricata di esaminare in funzione istruttoria le questioni inerenti le politiche dell’Unione in rapporto alle competenze delle Regioni e delle Province autonome⁹⁹.

L’azione di raccordo della Sottocommissione è stata ulteriormente rafforzata da un’importante iniziativa della XIV Commissione, tradottasi in un accordo tra la stessa e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome per “mettere in campo, in modo continuativo e sistematico, una strategia di collaborazione”¹⁰⁰ utile anche ai fini del controllo del principio di sussidiarietà. Con riferimento, in particolare, all’EWS (e al Dialogo Politico) si prevedono alcune importanti innovazioni in “via sperimentale” orientate a rendere più agevole e organizzato il rapporto con i Consigli regionali (per il tramite della corrispettiva Conferenza dei Presidenti) nonché una procedura standard che consenta alle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome di essere informate preventivamente in merito al calendario delle sedute della Commissione Politiche dell’Unione europea del Senato, così permettendo alle stesse di far pervenire le proprie osservazioni e le proprie proposte in tempo utile per l’esame parlamentare, con l’impegno della medesima Commissione a dare evidenza, nelle proprie deliberazioni sulle singole proposte europee, dei punti

⁹⁸ Cfr. C. Fasone, *Italian Regional Councils and the Positive Externalities of the Early Warning Mechanism for National Constitutional Law*, in A. Jonsson Cornell and M. Goldoni (eds.), *National and Regional Parliaments*, cit. 171. Come rileva la stessa Fasone, *In attesa della riforma costituzionale, alcune recenti evoluzioni nella 14^a Commissione del Senato sui raccordi tra Stato, Regioni e Unione europea*, in www.forumcostituzionale.it, 13 gennaio 2015, “rispetto alla Camera, il Senato può sfruttare anche un appiglio regolamentare, l’art. 138 r.s., sui voti delle Regioni, una sorta di petizioni che sono presentate dagli organi di governo di queste ultime al Senato e che sono esaminati dalle sue Commissioni, eventualmente concludendo l’esame con una relazione all’Assemblea o con una risoluzione che inviti il Governo a provvedere”.

⁹⁹ Come ben rileva C. Fasone, *Il rapporto tra bicameralismo e Regioni ridefinito dal controllo di sussidiarietà. Spunti dal diritto comparato e riflessioni sulla riforma costituzionale in itinere*, in diritticomparati.it, 19 febbraio 2015, “l’istituzione della nuova sottocommissione risponde all’esigenza di gestire la crescita del flusso di pareri regionali verso il Senato e alla necessità di darne conto nei pareri parlamentari, per quanto possibile tempestivamente nell’ambito del controllo di sussidiarietà, anche in funzione di legittimazione della posizione espressa dalle Camere”.

¹⁰⁰ Risoluzione Doc. XXIV, n. 35, del 24 settembre 2014.

qualificanti sollevati dalle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome¹⁰¹. Tali cambiamenti, di non facile comprensione nel contesto di un bicameralismo simmetrico, erano certamente in linea con la ‘nuova’ natura e funzioni che il Senato avrebbe dovuto assumere nel cd. Progetto di revisione costituzionale “Renzi-Boschi”. Il suo fallimento ha certamente ‘spinto’ in direzione della tanto auspicata modifica dei Regolamenti parlamentari. Con un “colpo di coda”¹⁰² sul finire della XVIII legislatura è stata approvata, infatti, una riforma organica del Regolamento del Senato del 1971¹⁰³. Per quel che a noi riguarda, il controllo di sussidiarietà viene affidato in maniera ‘accentrata’ alla XIV Commissione (riformulata nella sua natura); un intervento, questo, non salutato con particolare favore dalla dottrina che apprezzava, invece, il precedente modello “diffuso” in cui la XIV Commissione era affiancata dalle altre Commissioni, che valorizzava “la natura politica del controllo di sussidiarietà e la sua connessione con il c.d. “dialogo politico”” e risultava idoneo “a consentire l’adozione di un maggior numero di pareri motivati, anche grazie all’iniziativa di singole commissioni di merito”¹⁰⁴.

La riforma del Regolamento introduce una più chiara distinzione nel controllo del progetto di atto legislativo europeo quanto al profilo del merito e al rispetto del principio di sussidiarietà e il nuovo art. 144 è espressione di tale “sdoppiamento”¹⁰⁵. Il sistema delineato da tale articolo prevede che in via generale i progetti di atti legislativi dell’Unione europea siano deferiti alle Commissioni nelle materie di loro competenza mentre spetta alla XIV Commissione permanente la verifica del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Tale controllo è esercitato, quindi, dalla XIV Commissione sia autonomamente sia su sollecitazione della commissione di merito che ha esaminato il progetto di atto legislativo. L’intervento dell’Assemblea è previsto solo laddove, in caso di riscontrata violazione del principio di sussidiarietà da parte della XIV Commissione, ne facciano richiesta il Governo o un quinto dei componenti della stessa Commissione. In risposta al problema della c.d. “fuga dalle commissioni” il Regolamento riformato “disegna un intervento “eventuale” del proprio *plenum*, in linea con molte esperienze comparate”¹⁰⁶.

È innegabile che la posizione dei Consigli regionali all’interno del sistema

¹⁰¹ Cfr. C. Fasone, *Il rapporto tra bicameralismo e Regioni*, cit.

¹⁰² G. Piccirilli, *Finalmente una (prima) riforma del regolamento del Senato. Luci e ombre di un intervento che necessita di essere completato*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017.

¹⁰³ Approvata con delibera del 20 dicembre 2017 e pubblicata in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 15 del 19 gennaio 2018. si vedano A. Carboni-M. Magalotti, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 1.

¹⁰⁴ N. Lupo, *La riforma del (solo) regolamento del Senato alla fine della XVII legislatura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, 3.

¹⁰⁵ Cfr. M. Cecili, *La modifica del Regolamento del Senato e le nuove procedure per l’invio di un parere motivato all’interno dell’early warning mechanism*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2018, 5.

¹⁰⁶ *Ibidem*, 9.

politico-costituzionale è ‘debole’¹⁰⁷ se si considera il rafforzamento degli esecutivi prodotto dalle leggi di riforma cost. n. 1/1999 e 3/2001, così come l’ambito d’azione entro cui si manifesta la potestà legislativa pur ampliato nel testo costituzionale (art. 117 Cost.). È ben noto, infatti, che il sistema di distribuzione competenziale sia stato oggetto di una cospicua giurisprudenza costituzionale non orientata ad aprire nuovi spazi o approfondire quelli timidamente previsti dalla riforma cost. soprattutto in materia europea. In effetti, la stessa legge 234/2012 – che dà attuazione a quanto disposto dall’art. 117.5 Cost. – presenta un ‘tono’ vago e indeterminato nelle previsioni relative ai Consigli regionali, non solo con riferimento ai tempi di trasmissione dei pareri motivati in ordine alla sussidiarietà (“tempo utile”) ma, soprattutto, quanto al grado di vincolatività degli stessi in rapporto al diverso tipo di competenze legislative interessate dalle proposte legislative europee oggetto di controllo¹⁰⁸. A ciò si aggiunga la mancanza di una sede specifica di partecipazione regionale al *decision-making* statale. Tuttavia, rispetto a tale marginalizzazione l’EWS e, in generale, le possibilità offerte dal livello europeo hanno prodotto effetti di ampia portata per i consigli regionali, ripristinando, pur parzialmente, la loro posizione all’interno del sistema istituzionale multilivello fortemente sbilanciato lungo la dimensione intergovernativa. Un’analisi comparativa delle normative regionali dedicate, in via generale, alla partecipazione e all’attuazione della normativa europea (incluso, quindi, i riferimenti al controllo di sussidiarietà e al Dialogo Politico) evidenzia la progressiva adozione di un modello organizzativo che pone al centro del processo il Consiglio regionale¹⁰⁹.

2860

In tal senso, è possibile affermare che l’EWS sia stato utilizzato “strumentalmente” dai consigli regionali, non solo per valutare il corretto esercizio delle competenze non esclusive da parte delle istituzioni UE, ma piuttosto per costruire relazioni stabili basate sullo scambio reciproco e sulla cooperazione con altre istituzioni nazionali in merito agli affari UE, con potenziali effetti di ricaduta in altri ambiti come conferma il tentativo di modificare il Senato nel fallito progetto di riforma costituzionale¹¹⁰. L’EWS ha certamente svolto un ruolo fondamentale nella strutturazione della cooperazione interparlamentare verticale e soprattutto orizzontale rafforzando la connessione con il Senato e tra i diversi Consigli regionali come mostra, per esempio, il caso della riforma della Politica di coesione del 2011¹¹¹.

¹⁰⁷ Cfr. C. Fasone, *Italian Regional Councils*, cit., 158 ss.

¹⁰⁸ Cfr. C. Fasone, *Il rapporto tra bicameralismo e Regioni*, cit.

¹⁰⁹ Si v. A. Iacoviello, *La partecipazione delle autonomie territoriali alla fase ascendente del processo decisionale europeo: i modelli organizzativi delle Regioni italiane*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2018, 221 ss.

¹¹⁰ Cfr. C. Fasone, *Italian Regional Councils*, 178.

¹¹¹ Ci riferiamo al pacchetto di nove proposte di Regolamento (COM (2011) 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615) rispetto alle quali 5 Consigli regionali (Calabria, Emilia-Romagna, Marche, Sardegna e Veneto) hanno trasmesso alle Camere sia le loro osservazioni sia in forma individuale sia un documento condiviso in seno e per il tramite della Conferenza dei Presidenti dei Consigli regionali. L’atteggiamento delle due Camere mostra una netta propensione del Senato a collocarsi come sede specifica del dialogo interparlamentare con le

La Spagna condivide con il caso italiano la “debole” partecipazione delle Regioni al processo decisionale europeo e, in generale, alla politica statale centrale dal momento che il Senato non funziona, in realtà, come reale Camera di rappresentanza regionale. Tuttavia, è singolare in tale sistema la sequenza seguita nella costruzione del quadro normativo relativo alla partecipazione dei parlamenti regionali nell'EWS. Gli Statuti di autonomia del *segundo proceso de descentralización* hanno fatto da ‘apriestrada’, anticipando non solo l’effettiva ratifica del Trattato di Lisbona, ma lo stesso legislatore nazionale che, in realtà, è l’organo direttamente investito, dallo stesso Trattato, a predisporre le procedure necessarie per il coinvolgimento delle Regioni¹¹². In effetti, l’ondata di riforme statutarie che prende avvio nel 2006 coincide temporalmente con la fase di dibattito che porta all’approvazione, nel 2009, del Trattato di Lisbona per cui era impensabile che i ‘nuovi’ Statuti non inserissero disposizioni relative alla partecipazione *autonómica* in ambito europeo dando, in qualche modo, una veste giuridico-formale all’utilizzo di strumenti e procedure predisposte dal diritto europeo come l'EWS¹¹³. La conseguenza è l’esistenza di una regolamentazione statutaria asimmetrica in assenza, per lo meno nella fase iniziale, di una normativa statale valida per tutte le regioni, rimanendo fermo che qualsiasi disciplina statutaria relativa agli ambiti europei che intervengono su competenze o interessi delle regioni deve realizzarsi nei termini stabiliti dalla legislazione statale¹¹⁴.

Come in Italia, anche in Spagna si sceglie “il modello commissione parlamentare”: il ruolo di *pivot* nel EWS viene assegnato, infatti, alla *Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea* riformata con la Ley 24/2009¹¹⁵, per

2861

Regioni: la XIV Commissione del Senato, (risoluzione dell’8 maggio 2012) fa propri i pareri dei singoli Consigli regionali e cita “stralci del documento trasmesso dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee regionali, confermando espressamente la condivisione dei rilievi regionali formulati, nessuno dei quali contestava la proposta sotto il profilo della sussidiarietà”. Codì. C. Fasone, *Il rapporto tra bicameralismo e Regioni*, cit.

¹¹² Così A.M. Carmona Contreras, *¿Hacia la europeización de los Parlamentos autonómicos? Reflexiones al hilo del mecanismo de alerta temprana*, in REAF, n. 16/2012, che rileva come ci sia stato un lungo “ping pong” jurídico entre las regulaciones europea y autonómica que se desarrolla en ausencia de las normas que necesariamente han de regir la partida, esto es, el marco estatal de referencia”, 153.

¹¹³ M.Á. Cabellos Espírruez, *La regulación de las relaciones con la Unión Europea y la acción exterior en los nuevos Estatutos de autonomía*, in J.M^a. Castellá Andreu, M. Olivetti, *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Barcelona, 2009.

¹¹⁴ Così la Sentenza del TC n.30/2010, f.j.111 e 115.

¹¹⁵ *Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.*

Critica sul punto A.M. Carmona Contreras, *¿Hacia la europeización*, 157, che sottolinea la natura esclusivamente unilaterale di tale legge: “en ningún momento del iter normativo se contara con la participación o asistencia, ni siquiera a efectos consultivos, de los Parlamentos autonómicos” per cui è il parlamento nazionale che configura secondo propri criteri il procedimento relativo al controllo di sussidiarietà.

La legge attribuisce alla Commissione mista il potere di emettere i pareri motivati sulla violazione della sussidiarietà in nome delle *Cortes Generales*, senza escludere la possibilità che il plenum della Camera dei Deputati e del Senato possano discutere e votare il parere elaborato dalla stessa Commissione.

adeguare le sue funzioni al nuovo ruolo riconosciuto dal Trattato di Lisbona ai Parlamenti nazionali, e con la successiva Ley 38/2010 e la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado el 27 de marzo de 2010. È la Commissione parlamentare mista l'organo competente ad emettere, in nome del Parlamento nazionale, i pareri motivati sulla eventuale violazione del principio di sussidiarietà (art. 5) e, sulla scia indicata dal Prot.2 TUE, concretizza la 'eventualità' del coinvolgimento regionale nel processo. Si tratta di un organo composto dai rappresentanti di tutti i gruppi parlamentari di natura bicamerale che favorisce, quindi, uno stretto collegamento tra le due Camere, a differenza di quanto accade, ad es., nel sistema italiano.

A partire da una rapida trasmissione di tutti i progetti ricevuti dalle istituzioni europee ai Parlamenti autonomici potrebbe aprirsi una procedura di 'esame regionale' (da concludersi entro un termine di quattro settimane) la cui effettività giuridica, oltre che politica, ha luogo qualora la Commissione mista decida di procedere con l'emissione di un parere (art. 7). Si prefigura, dunque, un modello di trasmissione di informazioni a carattere generale del tutto disconnesso dal riparto interno delle competenze – “sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas afectadas” (artículo 6.1) – in cui la posizione dei parlamenti autonomici è subordinata alla volontà del parlamento statale. Solo nel caso in cui la Commissione mista decida di approvare un parere motivato sulla violazione del principio di sussidiarietà, saranno incorporati i pareri autonomici o, per essere più precisi, sarà incorporato un elenco di pareri presentati dai parlamenti regionali. Paradossalmente, in alcuni casi, i pareri regionali sono citati pur se contenenti una motivazione contrastante rispetto al parere adottato dalla Commissione mista sulla presunta violazione della sussidiarietà¹¹⁶.

La successiva Ley 38/2010, per quanto rafforzi alcune prerogative parlamentari nella gestione degli affari europei, non introduce novità rilevanti in ambito regionale se non prevedere la possibilità che anche i Governi regionali possano chiedere di presentarsi dinanzi alla Commissione mista per comunicare l'impatto della normativa europea o dei progetti legislativi europei sulle sfere di competenza regionale. Tuttavia, anche in questo caso la partecipazione regionale risulta subordinata alla volontà della medesima Commissione. Tale disposizione sembrerebbe contraria allo “spirito” dell'EWS pensato, invece, per creare dei canali di connessione tra i Parlamenti¹¹⁷. Dalla lettera della normativa dedicata risulta

¹¹⁶ Si tratta dei pareri motivati approvati con *Resolución de la Comisión Mixta sobre la Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2003/96/CE del Consejo por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad* (COM(2011) 169 Final, in cui citano i pareri motivati dei Parlamenti vasco e canario e della *Resolución de la Comisión Mixta Sobre la Propuesta de Reglamento por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria* (COM(2011) 215 final) in cui si cita il parere del Parlamento vasco. Si v. Diarios de Sesiones de las Cortes Generales, Comisiones Mixtas para la Unión europea, IX legislatura, n° 200, 14 June 2011, 16 – 18. Sul punto si v. M. González Pascual, *Las Comunidades Autónomas en la Unión europea*, Barcelona, 2013.

¹¹⁷ Così S. Alonso de León, *Análisis crítico del papel de los parlamentos regionales en el control del principio de subsidiariedad en la Unión europea*, in *ReDCE* n.16/2011, 283-329.

che i pareri emessi dai parlamenti regionali non hanno efficacia vincolante per le *Cortes Generales* e, conseguentemente, nulla dispone in caso di disaccordo tra i pareri emessi dalla Commissione mista per gli affari europei e quelli provenienti dai parlamenti regionali.

Dunque, “Mucho ruido y pocas nueces”? Detto in altri termini, si corre il rischio che l'EWS si converta in un *revestimiento dulce* della *píldora amarga* che le Regioni devono ‘ingoiare’¹¹⁸. Come già visto per il caso italiano, anche in questo ordinamento i parlamenti regionali hanno una posizione subordinata che rende difficile utilizzare pienamente le potenzialità insite nel sistema di EWS¹¹⁹. A livello regionale, dall’analisi della normativa dedicata – contenuta in fonti di natura differente – emerge l’esistenza di due modelli: “concentrated scrutiny” in cui l’esame e la decisione in merito al parere sulla sussidiarietà sono concentrati in un unico organo specializzato, e “diffused scrutiny” che prevede la partecipazione di tutti i comitati settoriali interessati alla materia su cui verte il progetto di atto normativo europeo oggetto di controllo¹²⁰. I Parlamenti regionali spagnoli si sono ‘adattati’ molto più rapidamente dello Stato alle novità introdotte dal Trattato di Lisbona ma la forma di questo adattamento è stata molto diversa prevedendo in alcuni casi una partecipazione obbligatoria dei loro parlamenti all'EWS (tra gli altri: Navarra, Comunità Valenciana, Catalogna, Aragona) mentre in altri, (Isole Baleari) solo una mera possibilità¹²¹.

In ogni caso, tutte le regioni si trovano dinanzi ad una prima e non facile operazione di selezione delle proposte europee che devono essere esaminate sotto la ‘lente’ della sussidiarietà, utilizzando come criterio selettivo il coinvolgimento della propria sfera di competenza. Date le loro limitate risorse questa operazione può risultare piuttosto impegnativa e di certo il periodo di quattro settimane entro cui emettere il parere non è sufficientemente adeguato¹²². La partecipazione “selettiva”, a seconda dell’esistenza di una competenza regionale, segue un riparto delle competenze tra i livelli statale e regionale di tipo asimmetrico (a differenza

¹¹⁸ *Ibidem*, 160.

¹¹⁹ Come rileva S. Alonso De León, *Análisis crítico*, cit., la normativa avrebbe potuto prevedere che il rifiuto di prendere in considerazione i pareri dei parlamenti regionali richiedesse l’obbligo di motivazione da parte della Commissione Mista o, ancora, che la presentazione dei pareri fosse rimessa ad un organo paritario Stato-Comunità autonome.

¹²⁰ Così E. Martín Núñez, *The scrutiny of the principle of subsidiarity by autonomous regional parliaments with particular reference to the participation of the Parliament of Catalonia in the early warning system*, in *Perspectives on Federalism*, vol. 5, issue 2, 2013, 63.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Così D. Fromage, *Regional parliaments and the early warning*, cit., 16. In effetti, nei primi anni di funzionamento dell'EWS diversi autori sottolineavano la mole immensa di lavoro dei servizi giuridici dei parlamenti autonomici momento di selezionare i progetti legislative europei da sottoporre al controllo di sussidiarietà. Così, J.L. Castro Ruano, *El sistema de Alerta temprana para el control de la subsidiariedad: su aplicación por el Parlamento vasco*, in *Revista CIDOB d’afers internacionals*, n. 99/2012, 100 ss.; E. Aranda Álvarez, *La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la Unión europea. una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 44/2013, 101-153; X. Pons Rafols, M. Campins Eritja, J.M. Castellà Andreu, E. Martín Núñez, *La acción exterior y europea de la Generalitat de Cataluña. Desarrollo normativo e institucional*, Barcelona, 2012, 212 ss.

degli altri casi esaminati), elemento che ostacola la previsione di procedure che prevedessero una selezione *ab origine* dei progetti europei evitando, di fatto, qualsiasi tipo di conflitto centro-periferia. Sul piano della cooperazione interparlamentare orizzontale, a differenza del caso italiano, la Conferenza dei presidenti dei parlamenti regionali (COPREPA) non ha avuto alcun ruolo nel coordinamento delle posizioni dei parlamenti regionali nell'ambito dell'ESW, da leggere con molta probabilità, ancora una volta, in connessione al carattere asimmetrico del regionalismo e della distribuzione delle competenze legislative¹²³.

5. Conclusioni. L'EWS da *magical solution* a *catalyst factor*¹²⁴ della cooperazione interparlamentare regionale

Le analisi condotte sull'impatto e l'efficacia del controllo preventivo o politico di sussidiarietà nella specifica versione dell'EWS a livello regionale convergono, nella maggior parte dei casi, su conclusioni non proprio ottimistiche. Che ciò sia dovuto alla mancanza di 'incentivi' – anche in termini di ristrutturazione istituzionale del sistema decentrato che valorizzi e renda effettiva la partecipazione – o alla mancanza di capacità – intesa anche come carenza di capacità amministrativa nella gestione di processi specifici e multilivello –, un gran numero di parlamenti regionali non ha ancora utilizzato, o comunque mostra difficoltà a utilizzare questi 'nuovi poteri'¹²⁵. L'esistenza di procedure ben definite e di un buon supporto amministrativo sembrano essere 'condizioni preliminari' affinché i parlamenti (non solo regionali) possano essere attivi nell'emissione di pareri motivati dal momento che l'EWS comporta molti vincoli, una tempistica molto ristretta e un elevato numero di proposte da selezionare per la successiva fase di controllo¹²⁶.

Ciò evidenzia la peculiare natura del controllo di sussidiarietà, "strumento delicato che necessita per sua stessa natura di un atteggiamento proattivo e cooperativo delle istituzioni nazionali per poter servire appieno al suo scopo"¹²⁷.

Il limitato utilizzo dell'EWS da parte dei parlamenti regionali induce a spostare il *focus* dell'analisi sui tradizionali mezzi di controllo parlamentare

¹²³ Così C. Fasone, *Italian Regional Councils*, cit., 174.

¹²⁴ Cfr. K. Boronska-Hryniewiecka, *A New Player in the 'Multi-Level Parliamentary Field'. Cooperation and Communication of Regional Parliaments in the Post-Lisbon Scenario*, in A. Jonsson Cornell and M. Goldoni, *National and Regional Parliaments*, cit., 154.

¹²⁵ In tal senso si v., K. Boronska-Hryniewiecka, *Subnational parliaments in EU policy-control: Explaining the variations across Europe*, in *EUI Working Paper RSCAS*, 38/2013; G., Vara Arribas, & D. Bourdin, *The role of regional parliaments in the process of subsidiarity analysis within the early warning system of the Lisbon treaty*, Bruxelles, 2011. Inoltre, come rileva D. Fromage, *Regional parliaments and the early warning system*, cit., 22., a sei anni dall'entrata in vigore dell'EWS, l'esiguo numero di pareri regionali motivati in violazione della sussidiarietà potrebbe avere un effetto 'riflesso' negativo in termini di motivazione, per i deputati regionali, a partecipare e ad esaminare le proposte legislative europee soprattutto quando tali pareri non sono provvisti di alcun grado di vincolatività per il Parlamento nazionale.

¹²⁶ Così K. Granat, *The Principle of Subsidiarity*, cit., 121 ss.

¹²⁷ Cfr. P. Bilancia, *Il crescente coinvolgimento dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea. in particolare sul controllo di sussidiarietà nell'area di sicurezza, libertà e giustizia*, in P. Bilancia (a cura di), *Il ruolo dei parlamenti nazionali*, cit., 15.

esistenti a livello regionale nel rapporto con i rispettivi esecutivi, generalmente coinvolti nel segmento interno-statale dei processi decisionali europei e, in alcuni casi, anche nel segmento-esterno a Bruxelles¹²⁸.

Dall’analisi comparata emerge un dato comune: la posizione dei parlamenti, anche nella loro declinazione regionale, è sostanzialmente cambiata passando da potenziali soggetti protagonisti del *decision making* europeo (controllo di sussidiarietà e il dialogo politico), nella fase immediatamente successiva all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a ‘vittime’, ancora una volta, del nuovo sistema europeo di *lawmaking*¹²⁹ nella più recente fase di *new intergovernmentalism*¹³⁰. In effetti, se l’EWS ha suscitato molto interesse nei primi anni della sua applicazione poiché considerato uno strumento chiave per coinvolgere i parlamenti nazionali e regionali nella produzione normativa europea, le diverse crisi (a partire da quella economico-finanziaria del 2008) che hanno interessato il sistema integrato europeo hanno determinato l’insorgere di esigenze istituzionali diverse e spostato nuovamente il baricentro sugli esecutivi. In tal senso, il coinvolgimento delle istanze parlamentari nei diversi strati istituzionali del complesso ordinamento euro-nazionale sembra essere ancora più necessario dopo la crisi dell’eurozona che ha determinato una innegabile spinta verso lo sviluppo della dimensione intergovernativa e “asimmetrica”, quanto meno per supervisionare e bilanciare il sempre più frammentato potere esecutivo europeo.

Come emerge dall’analisi comparata, la progressiva procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà e, nello specifico, l’EWS, costituisce una sorta di forma di “riscatto” per le Regioni sul piano europeo e, in particolare, per i Parlamenti regionali che hanno dovuto superare un duplice ostacolo: il ‘confronto’ con gli esecutivi regionali e la irrilevanza nei processi decisionali europei¹³¹. La dottrina relativa alla “mobilitazione regionale” nell’UE pone al centro dell’analisi il ‘differenziale’ regionale dovuto alla diversa “forza costituzionale” delle regioni all’interno del proprio ordinamento¹³². Secondo tale prospettiva, quindi, si presume che livelli più intensi di decentralizzazione comportino una maggiore mobilitazione regionale nelle attività europee¹³³. Se le regioni dotate di più ampie

¹²⁸ V. A.L. Högenauer, *Regional parliaments questioning EU affairs*, in *The Journal of Legislative Studies*, 23:2, 2017, 183-189.

¹²⁹ Come evidenzia M. Goldoni, *Assessing national parliaments after the euro crisis: resignation, adaptation, and reaction*, “the new economic governance has put the position of (at least some) national parliaments under a lot of political and constitutional stress”, in *Politique Européenne*, n. 59, 2018, 218-230.

¹³⁰ U. Puetter, *The European Council and the Council*, Oxford, 2014.

¹³¹ Cfr. N. Lupo, *Le molteplici funzioni*, cit..

¹³² Per maggiori approfondimenti si v. K. Boronska – Hryniewiecka, *Differential Europeanization?*, cit., 257 ss.

¹³³ In tal senso, si v. G. Marks, F. Nielsen, L. Ray and J. Salk, *Competencies, cracks, and conflicts: regional mobilization in the European Union*, in *Comparative Political Studies*, 29(2), 2006, 164-192; B. Hocking, *Regionalism: an international relations perspective*, in M. Keating and J. Loughlin (eds.), *The Political Economy of Regionalism*, Londra, 1997, 90-111; M. Keating, L. Hooghe, *Bypassing the nation-state? Regions and the EU policy process*, in J. Richardson (ed.), *European Union: Power and Policy-Making*, Londra, 2006, 269-286.

competenze sul piano interno sono quelle che maggiormente hanno subito gli effetti ‘decurtativi’ della progressiva espansione dell’UE, l’interesse a ‘mobilitarsi’ per ridurre l’asimmetria informativa e partecipativa a livello europeo sarà certamente maggiore rispetto alle regioni con profili autonomistici più ridotti¹³⁴. A ciò si aggiunga anche il ‘differenziale’ in termini di risorse economiche e autonomia finanziaria delle regioni all’interno di ciascun ordinamento. Tuttavia, se tali variabili sono utili per comprendere il diverso grado di mobilitazione “esterna” delle regioni in ambito europeo non sono altrettanto funzionali per spiegare le variazioni a livello di parlamento regionale. Ciò pone la necessità, da un punto di vista analitico e metodologico, di aprire la *black box* dei parlamenti¹³⁵, sul piano nazionale e regionale, per esaminare le dinamiche sostanziali che ne determinano il funzionamento, tenendo conto non solo delle regole formali ma anche dei soggetti politici (partiti, gruppi parlamentari), dei *network* e delle capacità amministrative¹³⁶.

In effetti, disporre di forti canali e strumenti di controllo non significa necessariamente che i parlamenti utilizzeranno efficacemente queste opportunità, il caso belga *docet*. Considerando il fattore della cooperazione interparlamentare regionale nei casi esaminati, emerge la stretta connessione esistente tra l’EWS e la cooperazione interparlamentare rispetto alla quale il controllo di sussidiarietà funziona come *input* ad una sua strutturazione – negli ordinamenti che ne sono privi o in cui è debole (Spagna e Italia) – o rafforzamento – nei sistemi caratterizzati da alti livelli di cooperazione (Germania e Belgio). Tuttavia, i risultati interessanti emergono se all’interno della cooperazione interparlamentare regionale ‘incrociamo’ la dimensione verticale (parlamenti regionali-Parlamento nazionale) con quella orizzontale (parlamenti regionali-esecutivi regionali), operazione che rileva quanto l’attività dei parlamenti si rafforzi se supportata dal coinvolgimento dei rispettivi esecutivi. È evidente che l’‘architettura costituzionale’ statale incide sul modello di partecipazione regionale adottato in risposta alle procedure dell’EWS, e la presenza o assenza di una seconda camera in cui sono rappresentati i parlamenti regionali non è elemento secondario nel rafforzamento della cooperazione in entrambe le direzioni. Ciò è reso evidente dal caso tedesco dove la natura esecutiva del federalismo e del *Bundesrat* condiziona il rapporto tra parlamenti ed esecutivi regionali e le potenzialità insite nel meccanismo di EWS sono parzialmente esplorate a differenza dell’Italia dove, pur in assenza di un foro istituzionalizzato di partecipazione regionale ‘al centro’ tramite una camera rappresentativa, l’EWS ha rappresentato la prima opportunità di ‘contatto diretto’ tra consigli regionali e Parlamento nazionale e tra gli stessi legislativi regionali con il rafforzamento di sedi di cooperazione orizzontale.

¹³⁴ Così, T. Donas, J. Beyers, *How Regions Assemblies in Brussels: the organizational form of territorial representation in the European Union*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 43(4), 2013, 527-550.

¹³⁵ M. Goldoni, *Assessing national parliaments*, cit.,

¹³⁶ In tal senso si v., A. Maatsch, *Parliaments and the Economic Governance of the European Union*, Abingdon, 2017, T. Winzen, *Constitutional Preferences and Parliamentary Reform: Explaining National Parliaments’ Adaptation to European Integration*, Oxford, 2017.

Condizioni, queste, che non si sono verificate in Spagna dove gli effetti dell'EWS non hanno prodotto un forte impatto dato il carattere asimmetrico del sistema competenziale e la scarsa propensione alla cooperazione, evidenziando, come nel caso italiano, la necessità di creare un più stretto collegamento tra vincolatività del controllo regionale di sussidiarietà sulla posizione del parlamento centrale e sistema di distribuzione delle competenze¹³⁷.

Dall'ultima relazione annuale 2018 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità e sui rapporti con i parlamenti nazionali emerge una forte contrazione del numero di pareri emessi dai parlamenti nazionali ai sensi dell'art. 2 Prot.2 TUE, a fronte di una crescita progressiva dei pareri emessi nell'ambito della procedura del Dialogo politico¹³⁸. Da più tempo, infatti, sia la dottrina che le istituzioni hanno evidenziato la necessità di innovare il sistema e in tal senso si muove l'istituzione della *Task Force on Subsidiarity, Proportionality and Doing Less More Efficiently*¹³⁹ il cui report finale va nella direzione di rafforzare la procedimentalizzazione del controllo sviluppando, a Trattati vigenti, una metodologia di controllo comune e condivisa tra tutti gli attori coinvolti nel controllo di sussidiarietà e garantendo che il controllo di sussidiarietà sia esteso a tutte le fasi del procedimento legislativo europeo e non solo alla fase iniziale che si intende utilizzare è quello della “*Active Subsidiarity. A new way of working*”. Tale approccio deve essere in grado di offrire a tutti i soggetti interessati l'opportunità non solo di segnalare eventuali violazioni dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ma anche di dare un contributo positivo all'elaborazione della legislazione europea, affinché essa soddisfi i criteri minimi del valore aggiunto in

¹³⁷ Si v. C. Fasone, *Regional legislatures in the early warning mechanism. When the national (constitutional) identity affects the cooperation among parliaments in EU affairs*, in *Federalismi.it*, n. 2/2015.

¹³⁸ Cfr. Relazione della commissione - Relazione annuale 2018 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità e sui rapporti con i parlamenti nazionali, COM(2019) 333 final, Bruxelles, 11.7.2019. La Commissione ha ricevuto 37 pareri motivati dai parlamenti nazionali, in netto calo rispetto al 2016 (65) e al 2017 (52). Se pur il numero complessivo di pareri ricevuti nel 2018 sia rimasto invariato rispetto agli anni precedenti, la percentuale di pareri motivati sul numero complessivo di pareri ricevuti è in continua diminuzione (dal 10,5 % del 2016 e dal 9 % del 2017 al 6,5 % del 2018), così come la percentuale di pareri motivati sul numero complessivo di pareri concernenti le proposte della Commissione soggette al meccanismo di controllo della sussidiarietà (dal 17,6 % del 2016 e dal 16 % del 2017 al 10,5 % del 2018).

¹³⁹ La *Task force sulla sussidiarietà e proporzionalità* è stata istituita il 18 gennaio 2018, sulla base di una proposta del Presidente della Commissione europea, Jean- Claude Juncker, formulata nel discorso sullo stato dell'Unione 2017 pronunciato al Parlamento europeo il 13 settembre 2017 (C(2017) 7810 of 14 November 2017). La *Task force*, composta da nove membri (tre provenienti dal Parlamento europeo, tre dai parlamenti nazionali e tre dal Comitato delle regioni), aveva il mandato di presentare una relazione al presidente della Commissione europea entro il 15 luglio 2018 contenente raccomandazioni relative a tre temi principali: a) una migliore applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità; b) individuazione di settori la cui competenza potrebbe essere delegata nuovamente o ritornare in via definitiva agli Stati membri; c) nuove modalità per coinvolgere meglio le autorità regionali e locali nella definizione e nell'attuazione delle politiche dell'UE.

materia di sussidiarietà e proporzionalità¹⁴⁰.

Se è vero che gli effetti dell'EWS sull'*empowerment* dei parlamenti regionali e della cooperazione interparlamentare non sono stati quelli sperati sin dalla sua istituzione, nel complesso e, alla luce dell'analisi comparata, non si può certo affermare un suo fallimento. Risulta, piuttosto, uno "strumento utile ma non risolutivo"¹⁴¹: non risolve da solo i complessi problemi inerenti la democrazia europea ma ha certamente prodotto degli effetti nella progressiva europeizzazione dei parlamenti su scala nazionale e regionale. In tal senso, è possibile affermare che il sistema di EWS "incarna compiutamente lo spirito dialogico, riflessivo, policentrico e post-nazionale"¹⁴² necessario per affrontare la sfida della costruzione di un *Multilayered Parliamentary system* europeo".

¹⁴⁰ Si v. il *Report on the Task Force on Subsidiarity, Proportionality and "Doing Less More Efficiently"*, 10 luglio 2018: https://ec.europa.eu/commission/priorities/democratic-change/better-regulation/task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently_en.

¹⁴¹ Cfr. N. Lupo, *Le molteplici funzioni*, cit., 8.

¹⁴² Così, C. Caruso, *Prassi e funzioni del sistema di early warning*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 5/2016, 3.

La legislazione elettorale come campo di tensione fra parlamenti e corti: riflessioni comparatistiche

di Giacomo Delledonne

Abstract: The electoral legislation as a field of tension between Parliaments and Courts: comparative reflections – This essay focuses on electoral laws as a peculiar area of tension between parliaments, in their capacity as law-making bodies, and constitutional courts. In so doing, attention will be paid to the implications of legislative discretion, a notion that is often mentioned in the relevant case law of constitutional courts. Meanwhile, the analysis will turn to the limits that the courts place on legislative action in this domain. This essay considers European constitutional orders as well as Japan.

Keywords: Electoral Laws; Parliaments; Constitutional Courts; Legislative Discretion.

2869

1. Considerazioni introduttive

“Al legislatore federale è [...] accordata un’ampia discrezionalità”¹. “Quando adotta discipline che toccano le condizioni della competizione politica, la maggioranza parlamentare agisce, in una certa misura, in causa propria (*in eigener Sache*), e proprio nella legislazione elettorale sussiste il pericolo che la maggioranza parlamentare del momento si faccia guidare non tanto da considerazioni legate al bene comune, quanto dal proposito di mantenere il potere. L’elaborazione del diritto elettorale soggiace tuttavia a un controllo stretto di legittimità costituzionale”². Entrambe le citazioni sono tratte da due importanti decisioni del *Bundesverfassungsgericht* tedesco: la prima si colloca all’interno dell’inesausta vicenda dell’attribuzione di *Überhangmandate* nell’elezione del *Bundestag*³, mentre la seconda ha dato l’avvio a un conflitto ancora irrisolto – e ormai approdato al livello sovranazionale⁴ – fra giudice delle leggi e legislatore.

¹ Corte costituzionale federale tedesca, sentenza del 10 aprile 1997 (BVerfGE 95, 335, 349).

² Corte costituzionale federale tedesca, sentenza del 9 novembre 2011 (BVerfGE 129, 300, 322 s.); v. anche le sentenze del 28 novembre 2007 (BVerfGE 120, 82 105), del 25 luglio 2012 (BVerfGE 131, 316, 338) e del 26 febbraio 2014 (BVerfGE 135, 259, 289).

³ Su cui v. R. de Caria, *La sentenza costituzionale tedesca sugli Überhangmandate: anche in materia elettorale non c’è diritto senza rimedio giurisdizionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 209 ss.

⁴ Il riferimento è all’approvazione della decisione n. 2018/994/UE del Consiglio, che ha modificato l’atto del 1976 relativo all’elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, introducendo un obbligo di prevedere una soglia di sbarramento – compresa fra il 2% e il 5% dei voti validi – per gli Stati membri più popolosi. V. *Europaparlament stimmt für Sperrklauseln gegen Kleinstparteien*, su www.spiegel.de, 4 luglio 2018.

Nella diversità della loro intonazione, esse sono rivelatrici di uno snodo problematico del controllo giurisdizionale di costituzionalità dei sistemi elettorali. Il riconoscimento della discrezionalità del legislatore – sovente descritta come “ampia”⁵ – vi si accompagna alla necessità di puntualizzare i limiti entro i quali si muove l’esercizio di questo potere discrezionale⁶. In altri casi, come quello citato in apertura, un’esplicita diffidenza nei confronti dell’opportunismo del legislatore conduce a postulare la necessità di un controllo rigoroso di legittimità costituzionale. Sullo sfondo, come si vede, si stagliano il ruolo del parlamento come artefice della legislazione elettorale e, di riflesso, la collocazione della legge elettorale nell’ordinamento costituzionale.

2870

La riflessione che si proporrà nelle pagine che seguono mira a inquadrare la legislazione elettorale – con particolare riguardo alla formula elettorale e alla definizione delle circoscrizioni elettorali⁷ – come peculiare campo di tensione fra parlamenti e corti costituzionali. Così facendo, si svilupperà una riflessione comparatistica sulla portata e sui limiti dei riferimenti, frequenti nelle giurisprudenze costituzionali, alla discrezionalità del legislatore; e, al tempo stesso, sui compiti che in questo ambito, secondo le corti, incombono sul legislatore⁸. L’analisi prende in considerazione ordinamenti europei e considera il caso giapponese.

Sullo sfondo si situano l’emersione di un “patrimonio costituzionale comune”, per lo meno in alcuni contesti regionali, e la crisi della rappresentanza,

⁵ Così, nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale italiana si dice che il sistema elettorale costituisce “espressione dell’ampia discrezionalità legislativa” in ordine alla “scelta del sistema che [il legislatore] ritenga più idoneo ed efficace in considerazione del contesto storico” (Cons. dir., par. 3.1).

⁶ Ancora nella sentenza n. 1/2014 è evocato lo scrutinio di proporzionalità e di ragionevolezza, che “in ambiti connotati da un’ampia discrezionalità legislativa [...] impone a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale” (Cons. dir., par. 3.1).

⁷ A questo proposito, accogliamo la tassonomia messa a punto da F. Lanchester, *Il sistema elettorale in senso stretto dal “Porcellum” all’“Italicum”*, in *Dem. dir.*, n. 2/2015, 15. Il sistema elettorale in senso stretto, “strumento tecnico ad alta valenza politica”, ricomprende a sua volta almeno tre elementi: il tipo di scelta; il tipo di collegio e la sua dimensione; il tipo di formula elettorale adottata. Nello stesso senso si esprime anche M. Luciani, *Cours constitutionnelles et systèmes électoraux*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1996, 416.

⁸ A questo proposito, è stato osservato che lo studio del controllo di costituzionalità delle leggi elettorali può essere scomposto in vari problemi, alcuni dei quali appaiono prestarsi meglio a un’analisi comparatistica. Così, mentre il profilo delle vie di accesso all’organo di giustizia costituzionale si presta meno agevolmente a generalizzazioni e classificazioni, l’altro aspetto, “relativo alla discrezionalità del legislatore e alla politicità del sistema elettorale, rientra nei rapporti tra circuito della decisione politica e circuito delle garanzie nell’ambito della forma di Stato costituzionale e pertanto si presta ad essere analizzato in chiave comparatistica” (G. Milani, T. Abbiate, *Giurisprudenze costituzionali e sistemi elettorali: la sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale italiana in prospettiva comparata*, in *Rass. parl.*, 2014, 915; cfr. inoltre E. Stradella, *Dai rotten boroughs ad oggi, il lungo viaggio verso la rappresentanza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 5). È altrettanto vero, però, che nel dibattito dottrinale sulla giustizia costituzionale le due questioni sono state spesso trattate congiuntamente, facendo del processo costituzionale e delle sue regole “una variabile dipendente di una più generale teoria della Costituzione” (così, con riguardo al caso italiano, G. Repetto, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, 283).

che accresce la complessità delle valutazioni svolte tanto dalle corti quanto dalle assemblee rappresentative⁹.

2. Principi costituzionali e sistemi elettorali: vincoli e autovincoli

È tuttora corretto, a nostro avviso, affermare che ai parlamenti, nella loro qualità di *assemblee legislative* (artt. 24 e 34 della Costituzione della V Repubblica francese), spettano i compiti di maggior rilievo nell'elaborazione della legislazione elettorale e nelle decisioni intorno ai sistemi elettorali. Questa constatazione deve però fare i conti con la maggiore o minore analiticità delle prescrizioni costituzionali relative alla legislazione elettorale: questi condizionamenti, a loro volta, contribuiscono in misura significativa, ancorché non esclusiva, a plasmare il campo di tensione in cui si muovono parlamenti e corti costituzionali. Che tali condizionamenti vi siano, peraltro, non deve stupire: la stessa legge elettorale, infatti, può essere descritta come il “fulcro della Costituzione in senso materiale, perché forma e determina la rappresentanza di quelle forze politiche prevalenti a cui spetterà il compito di realizzare l'insieme dei fini e valori dell'ordinamento statale”¹⁰.

Un primo dato da registrare a questo proposito è la possibilità che un determinato sistema elettorale sia formalmente consacrato nel testo costituzionale: benché questa osservazione possa risultare controintuitiva per un osservatore italiano – per il quale, per di più, il referente comparatistico “obbligato” in questo ambito è l'ordinamento tedesco retto dalla Legge fondamentale del 1949 – si tratterebbe anzi di una “*tendance dominante en Europe, et même dans le monde*”¹¹. Anche così, però, il panorama comparatistico appare assai variegato: fra gli ordinamenti europei costituisce un caso isolato la scelta del costituente portoghese d'inserire “il sistema di rappresentanza proporzionale” fra i limiti materiali alla revisione costituzionale (art. 288, lett. *h*), della Costituzione del 1976)¹² e di prevedere contemporaneamente un divieto di “porre limiti alla trasformazione dei voti in seggi imponendo una percentuale nazionale minima di voti” (art. 152,

⁹ Sul punto, fra i molti, si segnala I. Massa Pinto, *Rappresentanza*, in *Riv. AIC*, n. 3/2017, su www.rivistaaic.it.

¹⁰ T.E. Frosini, *Sistemi elettorali e sistemi di partito*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 746.

¹¹ Così L. Seurot, *Faut-il constitutionnaliser le mode de scrutin aux élections législatives?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 103, 2015, 669; v. anche A. Gigliotti, *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, in *Riv. AIC*, n. 4/2014, 2 s., su www.rivistaaic.it.

¹² A questo proposito, analisi comparatistiche hanno segnalato che la Costituzione portoghese attualmente vigente costituisce un caso eccezionale – anche se dotato di considerevole influenza nell'area culturale lusofona – per l'analiticità della sua clausola costituzionale “di eternità” (cfr. Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2017, 36). Altri ordinamenti, invece, compiono scelte parzialmente affini, attribuendo alla legge elettorale valore sostanzialmente – anche se non formalmente – costituzionale: è il caso della Polonia, dove la legge elettorale politica non può essere modificata dopo che è stato dichiarato uno stato di emergenza (art. 228, comma 6, della Costituzione).

comma 1)¹³. Nella maggior parte dei casi, invece, la costituzionalizzazione di un determinato sistema elettorale non si traduce necessariamente nella formulazione di indicazioni precise nei confronti del legislatore: tale è il caso dei sistemi proporzionali, specialmente in una temperie in cui la costituzionalizzazione della formula proporzionale può andare di pari passo col perseguimento di un'istanza di razionalizzazione della forma di governo¹⁴. In questi casi, come illustra la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo, il tema della discrezionalità del decisore parlamentare s'innesta proprio su quello della decisione, inscritta nel testo costituzionale, a favore di un sistema elettorale. Più dei vincoli costituzionali, se mai, contano i vincoli che il legislatore stesso s'impone, in particolare nel momento in cui decida di optare per sistemi proporzionali: la conseguenza, secondo le Corti tedesca e italiana, è la necessaria applicazione del principio dell'eguaglianza del voto in termini più esigenti, che ne valorizzano le accezioni in entrata e in uscita¹⁵.

Altra cosa, invece, è la costituzionalizzazione *de facto* della legge elettorale in quanto tale, come sembra accadere ora in quelle “democrazie illiberali” in cui le carte costituzionali diventano uno strumento “ordinario” di “*everyday party*”

¹³ Cfr. J. Miranda, *Os princípios constitucionais gerais do Direito eleitoral português*, in *Revista Publicum*, n. 2/2018, 67. Sul significato della costituzionalizzazione del sistema proporzionale v. inoltre gli *acórdãos* del *Tribunal Constitucional* portoghese nn. 183/88 e 1/91.

¹⁴ Questo dato risulta particolarmente evidente nella giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo sulla nozione di “proporzionalità” dei sistemi elettorali del Congresso dei deputati, del Senato e delle assemblee legislative delle Comunità autonome, menzionata agli artt. 68, comma 3, 69, comma 5, e 152, comma 1, della Costituzione del 1978: “*no es posible hablar, sin mayor precisión, de ‘un’ sistema de escrutinio proporcional como de algo perfectamente delimitable, de manera unívoca, en todos sus contornos, pues todo lo más que puede apreciarse, en la simple afirmación de tal sistema, es una voluntad de procurar, en esencia, una cierta adecuación entre votos recibidos y obtención de escaños [...] Ello significa que las genéricas directrices constitucionales y estatutarias en favor de la proporcionalidad determina la existencia de un considerable ámbito de indefinición en cuanto al tipo específico de escrutinio, así como en cuanto a la regulación de otros aspectos del proceso electoral; y esta indefinición únicamente puede ser salvada mediante decisiones del legislador, y en la amplia diversidad de soluciones que éste puede adoptar no cabe apreciar sino una confirmación de la naturaleza de las normas, que en otras ocasiones hemos considerado integrantes de un ‘bloque de constitucionalidad’ como espacio abierto a distintas posibilidades legislativas, naturales que, en cuanto entraña un bien constitucional en sí mismo valioso, lejos de ser debilitada, ha de ser preservada y reforzada por este Tribunal*” (sentenza n. 75/1985 del 21 giugno 1985, FJ 5; v. anche le sentenze nn. 193/1989 del 5 dicembre 1989 e 45/1992 del 2 aprile 1992). Cfr. inoltre E. Expósito, E. Martín, *Control abstracto de constitucionalidad vs. amparo en la configuración del derecho de participación política*, in C. Decaro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La “manutenzione” della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, 2012, 93 s.; e A. Arcuri, E. Bardazzi, S. Felicioni, D. Miglietta, F. Musilli, *La Spagna*, in P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri (a cura di), *Legislazione elettorale: 5 modelli a confronto*, Firenze, 2017, su www.osservatoriosullefonti.it.

¹⁵ Sul punto ci si permette di rinviare a G. Delledonne, *Corti costituzionali e legislazione elettorale: una comparazione italo-tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1039 s. e 1056 ss. V. inoltre A. Pertici, *La sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale: l'incostituzionalità ingannevole*, in *Quad. cost.*, 2014, 124, che sottolinea il nesso fra l'opzione a favore di un determinato sistema elettorale – in quel caso proporzionale – e le aspettative che per questo si creano nel corpo elettorale. Si veda inoltre la diversa lettura proposta da A. Romano, *Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto. Legittimazione delle corti e discrezionalità legislativa*, in *Dir. pubbl.*, 506 s., che valorizza l'utilizzazione della locuzione “sfumature diverse” nella sentenza n. 1/2014.

*politics*¹⁶. Così, in Ungheria l'art. 2, comma 1, della Legge fondamentale del 2011 prevede che una legge cardinale disciplini l'elezione dei deputati dell'Assemblea nazionale: la legge CCIII sull'elezione dei membri del Parlamento, approvata qualche mese dopo, si caratterizza però per la sua estrema analiticità, tanto che perfino l'elenco delle circoscrizioni elettorali e la delimitazione dei loro confini sono stabiliti con disposizioni di rango sovralegislativo¹⁷.

Ancora sul piano della disciplina sostanziale, però, è opportuno segnalare che il silenzio del testo costituzionale circa l'adozione di un particolare sistema elettorale raramente significa che questo sia indifferente nei confronti dei contenuti di leggi elettorali concretamente adottate in un determinato momento storico: il riferimento è al principio dell'eguaglianza del voto, ormai divenuto il principale "campo di battaglia"¹⁸ fra legislatori elettorali e corti.

L'osservazione delle prescrizioni attinenti alle questioni procedurali contribuisce a corroborare l'affermazione con cui si è aperto questo paragrafo: sono relativamente rari, infatti, i casi in cui disposizioni costituzionali configurino una *specialità procedurale* della legge elettorale, confermandone in qualche modo la riconducibilità o la *prossimità* alla materia costituzionale: si possono citare la riserva di assemblea dell'art. 72, quarto comma, della Costituzione italiana e l'art. 80 della Costituzione slovena del 1991, che per l'adozione della legge elettorale prevede una maggioranza dei due terzi dei membri dell'Assemblea nazionale. Una proposta di analogo tenore – memore dell'instabilità della legislazione elettorale francese negli anni Ottanta – era presente fra le raccomandazioni del Comitato Vedel, nel 1993¹⁹. Prevale però l'idea che "il diritto elettorale dovrebbe essere in linea di massima di rango legislativo"²⁰, senza specificazioni ulteriori. Ciò che si è detto ora vale principalmente per la formula elettorale: un discorso diverso deve invece essere svolto a proposito della delimitazione delle circoscrizioni elettorali, in cui svolgono un ruolo significativo ora il potere esecutivo, ora commissioni indipendenti²¹.

¹⁶ A proposito dell'emblematica esperienza ungherese, v. P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary*, in A. von Bogdandy, P. Sonnevend (a cura di), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, 2015, 33 ss.

¹⁷ Sul punto cfr. le critiche formulate dalla Commissione di Venezia nella sua opinione n. 662/2012 del 18 giugno 2012 (spec. a p. 6). Eventualmente, v. anche G. Delledonne, *Constitutional courts dealing with electoral laws: comparative remarks on Italy and Hungary*, in *DPCE online*, n. 2/2019, 1539 ss.

¹⁸ Così A. Pisaneschi, *Giustizia costituzionale e leggi elettorali: le ragioni di un controllo difficile*, in *Quad. cost.*, 2015, 138.

¹⁹ Secondo il Comitato, questo rinforzo procedurale avrebbe dovuto ricomprendere "*les éléments fondamentaux du mode de scrutin comportant la définition du scrutin lui-même et les critères qui devraient présider au découpage des circonscriptions*". Il testo del rapporto Vedel è disponibile su www.ladocumentationfrancaise.fr.

²⁰ Così (a p. 26) l'opinione n. 190/2002 del 23 maggio 2003 della Commissione di Venezia, recante il Codice di buona condotta in materia elettorale.

²¹ Sul punto v. R. Ghevontian, A. Roux, *Les circonscriptions électorales*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1996, 382 ss.; A. Roux, *Le découpage des circonscriptions électorales en droit comparé*, in *Mélanges offerts au Doyen Charles Cadoux*, Aix-Marseille, 1999, 305 ss. Nel testo risultante dalla "grande riforma" del 2008, l'art. 25 della Costituzione francese prevede che

3. Ipotizzare una tassonomia

Come si anticipava in premessa, il riferimento alla discrezionalità del legislatore è un elemento ricorrente nelle argomentazioni dei giudici costituzionali in materia elettorale. Su un simile atteggiamento, improntato a cautela, influiscono naturalmente le conseguenze di una declaratoria d'incostituzionalità, suscettibile d'intaccare, insieme col "prodotto della funzione legislativa", "le basi stesse della legittimazione democratica"²². In questo paragrafo saranno presentati e discussi quattro casi, che permetteranno di porre in rilievo, rispettivamente: un'accezione "forte" di discrezionalità del legislatore; l'utilizzazione, accanto all'eguaglianza del voto, di un criterio dell'"equilibrio demografico" per valutare il quale occorre tenere conto di una molteplicità di fattori; la riflessione sui diversi significati assunti dal sistema proporzionale nell'ultimo secolo di storia costituzionale e sulle loro implicazioni in punto di diritto; l'affermazione di una nozione forte di eguaglianza del voto, concepita come vero e proprio diritto.

Il riferimento alla discrezionalità appare caratterizzato da un massimo di forza – e di prudenza nei confronti delle ragioni del decisore politico – in corti generalmente segnalate per il loro conservatorismo. A questo proposito, risulta emblematica la giurisprudenza della Corte suprema giapponese in tema di *malapportionment*. Appare significativo, peraltro, che proprio un settore così delicato dell'ordinamento sia quello in cui la Corte suprema nipponica ha dispiegato il "maggior interventismo"²³. Ciò è però avvenuto in maniera peculiare, senza che dall'accertamento di una situazione di violazione della Costituzione – e in particolare del principio dell'eguaglianza del voto, desumibile dall'art. 14 della Costituzione del 1946 – discendesse un dovere del legislatore di provvedere immediatamente alla ridefinizione delle circoscrizioni elettorali²⁴. In termini sostanziali, nel ragionamento della Corte spiccano alcuni percorsi argomentativi: il rinvio alla fonte legislativa, effettuato dall'art. 47 della Costituzione, significa che la vera e propria decisione sul sistema elettorale è rimessa "to the discretion of the Diet"; il principio dell'eguaglianza del voto non dev'essere inteso in termini

una commissione indipendente si pronunci con un parere "sur les projets de texte et propositions de loi délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant la répartition des sièges de députés ou de sénateurs".

²² S. Gerotto, *Giustizia costituzionale e democrazia: premesse metodologiche per un'analisi dei rapporti tra giudice costituzionale e poteri democraticamente legittimati*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, Bologna, 2017, 12.

²³ Così E. Bertolini, *Corte suprema e potere democratico: la particolare interazione nel sistema nipponico*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, *Dialoghi "esemplari": le esperienze straniere*, Bologna, 2017, 230.

²⁴ In nome della *doctrine* del periodo ragionevole, occorre che sia trascorso un periodo ragionevole perché la Corte possa sindacare la costituzionalità di una legge elettorale (cfr. W.S. Bailey, *Reducing Malapportionment in Japan's Electoral Districts: The Supreme Court Must Act*, in *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 6, 1997, 181 s.; D.S. Law, *The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan*, in *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, 1547 s.; Y. Hasebe, *The Supreme Court of Japan: Its adjudication on electoral systems and economic freedoms*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2007, 300 ss.).

esclusivi e assoluti, tanto che la Dieta ben può considerare “*other factors that might be required by the individual conditions of each House and create an appropriate mechanics of an election which could realize the impartial and effective representation*”; risulta perciò auspicabile (“*should*”) che l’eguaglianza del voto sia bilanciata con “*other political purposes and factors properly taken into consideration*”, a eccezione dei motivi di discriminazione vietati dalla Costituzione stessa; ciò che si deve pretendere dal legislatore, se mai, è che giustifichi in modo ragionevole il percorso che lo ha portato ad attuare in maniera soltanto imperfetta il principio dell’eguaglianza del voto²⁵. Nel frattempo, la Corte si è astenuta dal fornire criteri per stabilire in maniera affidabile quali variazioni rispetto alla stretta eguaglianza del voto debbano ritenersi incostituzionali: di quest’opera di precisazione si è invece incaricata la dottrina costituzionalistica locale²⁶.

Non meno importanti, anche se bisognosi di qualche precisazione ulteriore, appaiono gli argomenti adoperati in due occasioni dal *Conseil constitutionnel* francese a proposito della ridefinizione delle circoscrizioni per l’elezione dell’Assemblea nazionale in un sistema uninominale a doppio turno²⁷. Relativamente all’ordinamento francese, anche a tacere della natura peculiare del *Conseil constitutionnel* nel panorama comparatistico, viene in rilievo un rapporto triangolare, in cui l’organo di giustizia costituzionale si misura prima con il legislatore, poi col Governo. In un primo momento, il Parlamento pone alcuni principi relativi alla delimitazione delle circoscrizioni elettorali; contestualmente, il Governo è autorizzato a individuarle concretamente mediante *ordonnance*, secondo lo schema delineato all’art. 38 della Costituzione del 1958. Se è vero che la delegazione di potere legislativo al Governo è stata a lungo riservata a “settori molto particolari e tecnici costituendo una procedura distante dalla dialettica politica in senso stretto”²⁸, in questo caso la tecnicità dell’operazione di ridefinizione delle circoscrizioni elettorali è solo uno degli aspetti di una disciplina a forte caratura politica e in cui, per di più, deve trovare applicazione la “*règle fondamentale*”²⁹ dell’eguaglianza del voto. Il *Conseil constitutionnel* è quasi sempre investito di questioni di legittimità costituzionale sollevate dalle opposizioni

²⁵ Le citazioni sono tratte dalla sentenza della Corte suprema *Kurokawa v. Chiba Election Commission* del 14 aprile 1976 (1974 (Gyo-tsu) 75).

²⁶ Come rilevato da E. Bertolini, *Corte suprema e potere democratico*, cit., 232.

²⁷ Su questa vicenda cfr. B. Maligner, *La justice électorale en France: situation législative et jurisprudentielle*, in E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia (a cura di), *La giustizia elettorale*, Torino, 2013, 305 s.; V. Boyer, *Le Conseil constitutionnel et le découpage électoral pour les élections législatives de 2007*, in H. Roussillon, S. Mouton (a cura di), *Les élections présidentielles et législatives de 2007*, Toulouse, 2007, 351 ss. Si tratta, d'altra parte, di un corpus giurisprudenziale ormai assai ampio, nel quale rientrano anche decisioni aventi a-d oggetto le leggi elettorali di altri livelli di governo (cfr. N. Palazzo, *Giudizio di uguaglianza davanti al suffragio e discrezionalità legislativa: riflessioni a partire dalla sentenza del Conseil sulla loi NOTRe*, in *Nomos*, n. 1/2016, su www.nomos-leattualitaneldiritto.it).

²⁸ P. Piciacchia, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale francese. Procedura e controllo dell'attività normativa dell'Esecutivo nella V Repubblica*, Milano, 2006, 126.

²⁹ *Conseil constitutionnel* francese, decisione n. 86-208 DC del 2 luglio 1986 (*Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*), par. 21.

parlamentari e aventi per oggetto sia la legge che avvia il procedimento di *redécoupage* sia, successivamente, la legge successiva che ratifica le *ordonnances* relative alla nuova delimitazione delle circoscrizioni elettorali. Così, mentre nelle pronunce sulle *lois d'habilitation* le disposizioni impugnate sono generalmente sottoposte a un attento vaglio – col ricorso, da parte del *Conseil*, alla tecnica delle riserve interpretative – le successive pronunce sulle *lois de ratification* sono caratterizzate da un atteggiamento assai più prudente nei confronti delle scelte compiute dal Governo ratificate dal Parlamento. Per i fini di questo lavoro, risulta particolarmente interessante anche il modo in cui è interpretato il parametro dell'eguaglianza del voto, che il *Conseil*, in un certo senso, adatta e trasfigura in un *principe di equilibrio demografico*. Così, il *Conseil* ricorda in prima battuta che l'Assemblea nazionale “*doit être élue sur des bases essentiellement démographiques*”, e le deroghe alla piena applicazione del principio dell'eguaglianza del voto, necessariamente legate a “*impératifs d'intérêt général*”, possono essere ammesse soltanto “*dans une mesure limitée*”³⁰. In un secondo momento, prendendo in esame il risultato dell'attività del legislatore (sostituitosi al Governo a causa dello scontro col Presidente della Repubblica Mitterrand a proposito dell'interpretazione dell'art. 38 della Costituzione), il *Conseil* ha ricordato di non disporre di “*un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement*” e che non è certo suo compito “*rechercher si les circonscriptions ont fait l'objet de la délimitation la plus équitable possible*”; nondimeno, non risulta che “*les choix effectués par le législateur aient manifestement méconnu les exigences constitutionnelles*”³¹. Il medesimo schema procedurale è stato riproposto in relazione al c.d. *redécoupage Marleix*, la nuova delimitazione delle circoscrizioni elettorali dell'Assemblea nazionale effettuata durante il mandato presidenziale di Nicolas Sarkozy³². Da un lato, diverse disposizioni della legge di delega sono state dichiarate incostituzionali oppure accompagnate da riserve interpretative. In particolare, il principio, tradizionalmente ricondotto alla “tradizione repubblicana”³³, secondo cui in ogni

³⁰ *Conseil constitutionnel*, decisione n. 86-208 DC, par. 21. A questo proposito la dottrina francese ha sottolineato efficacemente la complessità del criterio adoperato dal *Conseil*: “*La simplicité de la règle “un homme, une voix” qui rendrait aisé le commentaire de ces évolutions constitutionnelle et législative ne correspond pas au principe d'égalité devant le suffrage tel qu'il a été interprété par le Conseil constitutionnel. ... Celui-ci a interprété le principe d'égalité devant le suffrage comme un principe d'équilibre démographique applicable aux découpages électoraux. Le Conseil constitutionnel considère ainsi que la délimitation des circonscriptions électorales doit être effectuée en respectant le principe d'égale représentation des populations de chacune des circonscriptions, sans pour autant être astreint à une stricte proportionnalité*” (C. CASTOR, *L'égalité devant le suffrage*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 90, 2012, supplemento elettronico, e3).

³¹ *Conseil constitutionnel* francese, decisione n. 86-218 DC del 18 novembre 1986 (*Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*), paragrafi 10 e 12. Si veda anche la decisione n. 2010-602 DC del 18 febbraio 2010 (*Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élections des députés*), paragrafi da 20 a 23.

³² ... e preceduta da insistiti moniti del *Conseil constitutionnel* stesso (decisioni nn. 2002-2704/2740/2747 AN del 25 luglio 2002, 2007-3451/3452/3453/3536 AN del 12 luglio 2007 e 2008-24 ELEC del 29 maggio 2008).

³³ Sul punto cfr. C. Vimbert, *La tradition républicaine en droit public français*, Publications de l'Université de Rouen et Mont-Saint-Aignan et Paris, 1992, 83 s.

Dipartimento devono essere eletti almeno due deputati è stato valutato come una deroga al principio dell'eguaglianza del suffragio non più corrispondente “à l'importante modification des circonstances de droit et de fait”³⁴. A proposito dei risultati del *redécoupage Marleix*, invece, il *Conseil* ha nuovamente sottolineato che al Parlamento è assegnato un potere di apprezzamento di portata generale. Al *Conseil* non tocca perciò verificare se le circoscrizioni siano state delimitate nella maniera più giusta possibile, né fare proposte in questo senso. Per quanto i motivi d'interesse generale invocati per giustificare alcune puntuali deroghe al principio dell'eguaglianza del voto possano risultare discutibili, non sono ravvisabili violazioni evidenti di tale principio³⁵.

Se del Giappone dev'essere adeguatamente considerato e soppesato il travagliato rapporto con la tradizione giuridica occidentale – mentre il *Conseil constitutionnel* della V Repubblica francese a lungo è apparso un organo *sui generis* nel panorama comparatistico –, un atteggiamento improntato a grande prudenza può essere riscontrato anche in una Corte costituzionale europea un tempo annoverata fra le più attiviste, in una delle giovani democrazie dell'Europa centro-orientale³⁶. È il caso della Corte costituzionale ungherese, anche, significativamente, nel periodo anteriore all'entrata in vigore della Legge fondamentale del 2011: in assenza d'indicazioni circa il sistema elettorale ricavabili dal testo della Costituzione formale, gli ampi margini di discrezionalità accordati al legislatore in materia elettorale avrebbero trovato soltanto il limite della Costituzione e dei diritti fondamentali da essa protetti³⁷.

Ciò che si è detto a proposito degli argomenti adoperati dal *Conseil constitutionnel* consente d'introdurre un altro elemento, di cui si può dire che accomuni le strategie di molte corti costituzionali della “terza ondata”³⁸: la consapevolezza della crescente complessità delle questioni di cui il legislatore si fa carico dettando una certa disciplina del sistema elettorale. Queste vanno ormai al di là della garanzia dell'eguaglianza del voto e complicano il compito delle corti. A questo riguardo la Corte costituzionale della Repubblica ceca in una sentenza del 1997 ha alluso con grande forza evocativa alla differenza fra il primo dopoguerra – l'epoca “*of a victorious crusade for proportional representation across Europe*” – e le vicende successive, in cui gli Stati “*did [...] gain experience with the character and*

³⁴ Conseil constitutionnel, decisione n. 2008-573 DC dell'8 gennaio 2009 (*Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*), par. 23.

³⁵ Cfr. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2010-602 DC del 18 febbraio 2010 (*Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*), paragrafi 20 e 23.

³⁶ Cfr. G. Brunner, *Development of a Constitutional Judiciary in Eastern Europe*, in *Review of Central and East European Law*, 1992, 539; A. Sajó, *Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, 253 ss.

³⁷ Corte costituzionale ungherese, sentenza n. 22/2005 del 17 giugno 2005, par. 1 della motivazione in diritto. Cfr. inoltre M. Dezső *et al.*, *Constitutional Law of Hungary*, Alphen aan den Rijn, 2010, 126.

³⁸ A proposito delle quali v. la succinta presentazione di W. Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, II edizione, Dordrecht, 2014, 213 s.

function of proportional representation”³⁹. In considerazione degli effetti potenzialmente perniciosi della piena applicazione del proporzionalismo, perciò, prevale ormai l’opinione secondo cui “*provided there are serious reasons therefor, the introduction of certain measures limiting the scope of the proportional representation principle is not in contradiction with the character of the electoral system, referred to [...] as one of proportional representation*”⁴⁰. Si tratta allora di vagliare la costituzionalità delle soluzioni concretamente adottate facendo riferimento non tanto a un modello astratto, quanto al rischio che le deroghe alla perfetta eguaglianza del voto – per certi versi necessarie, come si è detto – siano ultronee rispetto al loro scopo o giungano addirittura a minare la “*democratic substance*” del sistema elettorale⁴¹. Si tratta, si può dire, di un effetto collaterale di ciò che Paolo Carrozza ha definito la “caduta [di] quella sorta di ‘convenzione antimaggioritaria’” che aveva caratterizzato la storia costituzionale europea nel primo Novecento⁴².

Anche la corte costituzionale che sulle questioni di diritto elettorale ha esercitato l’influenza più profonda nel panorama comparatistico – il *Bundesverfassungsgericht* tedesco – si è a lungo attenuta a un approccio equilibrato, capace di prendere in considerazione l’intrinseca complessità della questione elettorale. Alla base dell’atteggiamento della Corte si trova l’utilizzazione di una nozione “forte” di eguaglianza del voto, che affonda le sue radici nel dibattito e nella giurisprudenza degli anni weimariani e ha come conseguenza la concezione dell’eguaglianza del voto come specificazione del generale principio di eguaglianza e la necessità che ogni limitazione della *Erfolgswertgleichheit* sia adeguatamente giustificata, pena l’arbitrarietà e l’incostituzionalità della misura derogatoria⁴³. Il fatto che l’eguaglianza del voto debba essere riguardata non tanto come un principio, quanto come un diritto è poi foriero d’importanti conseguenze sul piano processuale⁴⁴. A questi dati si affianca il riconoscimento dell’“ampia discrezionalità” accordata al legislatore federale, che a sua volta è il frutto della scelta, inscritta nella Legge fondamentale del 1949, di non prescrivere l’adozione di uno specifico sistema elettorale: il costituente, insomma, “ha lasciato in sospeso (*offengelassen*)

³⁹ Corte costituzionale ceca, sentenza Pl. ÚS 25/96 del 2 aprile 1997, par. 2 (traduzione ufficiale in inglese), su cui v. S. Issacharoff, *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, New York, 2015, 203 s. V. anche la recente sentenza n. 239/2018 della Corte costituzionale italiana (specialmente il par. 6.2 del Considerato in diritto).

⁴⁰ Corte costituzionale ceca, sentenza Pl. ÚS 25/96, par. 2.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in *Diritto costituzionale comparato*, cit., 907.

⁴³ Cfr. la ricostruzione di A. Romano, *Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto*, cit., 470 ss. Fra i principali contributi dottrinali che hanno affrontato questo tema negli anni di Weimar, si vedano G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, II edizione, München, 1959, 24 ss.; *id.*, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, III edizione, Karlsruhe, 1967, 14 ss.; H. Heller, *Die Gleichheit in der Verhältniswahl* (1929), ora in *Gesammelte Schriften*, vol. II, *Recht, Staat, Macht*, Leiden, 1971, 319 ss.

⁴⁴ Cfr. H. Meyer, *Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung*, in J. Isensee, P. Kirchhof (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, *Demokratie – Bundesorgane*, III edizione, Heidelberg, 2005, 561; A. Funke, *Wahlrecht, Republik, politische Freiheit. Zur Begründung des Rechts auf Wahl nach Art. 38 GG*, in *Der Staat*, 2007, 395 ss.

una porzione di diritto costituzionale materiale, la cui specificazione è rimessa al legislatore elettorale”⁴⁵. Questa affermazione, però, abbisogna di significative precisazioni. Il compito del legislatore elettorale appare particolarmente complesso in considerazione della necessità di tenere conto di molteplici istanze:

“la composizione del Parlamento deve prendere in considerazione le principali correnti politiche esistenti nel popolo; l’elezione deve avere un effetto di legittimazione e deve consentire una decisione autonoma e razionale dell’elettore; il Parlamento dev’essere in condizione di funzionare in vista della costituzione del Governo e dell’attività legislativa”⁴⁶.

Nello svolgimento del compito attribuitogli dalla Legge fondamentale il legislatore elettorale può soddisfare le molteplici – e “in parte fra loro contraddittorie” – finalità pubblicistiche inerenti alla disciplina elettorale soltanto a condizione di disporre di ampi margini di discrezionalità: ciò non si traduce evidentemente in un vincolo così forte da obbligare lo stesso legislatore a perseguire ciascuna di queste finalità fino alle sue ultime conseguenze. Le deroghe ai *Wahlrechtsgrundsätze* – fra i quali primeggia il principio-diritto dell’eguaglianza del voto – devono però poggiare su un fondamento costituzionale⁴⁷. Il legislatore, peraltro, non potrebbe pensare di adempiere i suoi compiti una volta per tutte: meccanismi come le clausole di sbarramento – che rappresentano un’eccezione rispetto alla più piena applicazione del principio dell’eguaglianza del voto *in uscita* – devono infatti essere periodicamente rivalutati e, all’occorrenza, modificati ogniqualvolta un mutamento di circostanze ne renda problematica la legittimità costituzionale⁴⁸.

2879

4. Parlamenti, corti e crisi della rappresentanza

Non si può dire che nella fase più recente della vita costituzionale degli ordinamenti liberaldemocratici siano state veramente superate le coordinate tracciate nel paragrafo precedente: in essi, al di là delle differenze, talvolta profonde, fra gli accenti adoperati da ciascuna Corte, si può notare il tentativo d’individuare un punto di equilibrio convincente e auspicabilmente stabile tra i diversi principi e interessi coinvolti. Si assiste però a un crescente protagonismo delle corti costituzionali in ambito elettorale⁴⁹, che ha indubbiamente acuito la

⁴⁵ Corte costituzionale federale tedesca, sentenza del 10 aprile 1997 (BVerfGE 95, 335, 349).

⁴⁶ Corte costituzionale federale tedesca, sentenza del 19 novembre 1996 (BVerfGE 95, 335, 369).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Corte costituzionale federale tedesca, sentenze del 5 aprile 1952 (BVerfGE 1, 208, 259), del 13 febbraio 2008 (BVerfGE 120, 82, 322) e del 9 novembre 2011 (BVerfGE 129, 300, 322).

⁴⁹ Così, se ancora nel 2005 si poteva scrivere che a fronte del gran numero di questioni di costituzionalità risolte dal *Bundesverfassungsgericht* questo aveva generalmente “mostrato assoluta deferenza nei confronti delle scelte del legislatore” (F. Palermo, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2003-2004*, in *Giur. cost.*, 2005, 4278), la fase più recente è stata piuttosto caratterizzata da un salto di qualità nel ruolo della Corte di Karlsruhe nella sua “funzione di composizione dei conflitti, sia sul piano interno (e segnatamente nell’agone politico), sia su quello esterno [...]”. Ciò appare degno di ulteriore riflessione sui rapporti tra

conflittualità col legislatore e ha imposto un affinamento sia degli argomenti utilizzabili a supporto delle pronunce giurisdizionali, sia degli strumenti decisori. Come segnalato da uno studioso nordamericano, la “costituzionalizzazione della politica democratica”⁵⁰ ha nel controllo di costituzionalità delle leggi elettorali uno dei suoi capitoli più importanti. La maggior frequenza con cui le corti costituzionali intervengono in materia elettorale è indubbiamente il portato di un’evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale che ha favorito fenomeni di convergenza fra le corti, con particolare riguardo ai canali di accesso e all’interpretazione di determinate clausole costituzionali, come la garanzia dell’eguaglianza del voto. Essa, però, è anche il prodotto sia della maggiore instabilità e conflittualità del sistema politico stesso, sia della crescente evanescenza della decisione politica⁵¹, sia di una crescente difficoltà dei sistemi elettorali a soddisfare le aspettative in essi riposte. Così, in ordinamenti in cui sono in vigore sistemi maggioritari uninominali, come quelli del Regno Unito e del Giappone, la crescente mobilità degli individui può finire col rendere iniqua la delimitazione delle circoscrizioni elettorali, complicando viepiù il compito del legislatore elettorale⁵². Per altro e più importante verso, la crescente frammentazione dei sistemi politici, la volatilità del comportamento elettorale, l’emersione di forze politiche genericamente definite come antisistema e sovente estranee ai tradizionali *cleavages* messi in luce dai politologi, la diffidenza nei confronti del ceto politico e l’insoddisfazione nei confronti dei meccanismi della democrazia rappresentativa condizionano inevitabilmente le leggi elettorali e il loro funzionamento. A ciò si unisce il sospetto che maggioranze parlamentari occasionali possano abusare dei loro poteri, mettendo mano in maniera impropria alla legislazione elettorale. Questa linea argomentativa appare particolarmente forte nella cultura costituzionalistica tedesca, come rivela la citazione posta in apertura di questo scritto; l’atteggiamento sospettoso della Corte di Karlsruhe, peraltro, trova piena rispondenza in ricostruzioni dottrinali particolarmente propense a sottolineare l’opportunistica *Befangenheit* (parzialità) del legislatore

potere politico e controllo di costituzionalità, se si considera la solidità del sistema politico tedesco [...]. Il dato appare pertanto di natura strutturale e sistemica” (F. Palermo, D. Butturini, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2013-2014*, in *Giur. cost.*, 2015, 1865).

⁵⁰ Come definita da R.H. Pildes, *Elections*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 530. A proposito della riflessione di Pildes v. la presentazione critica di A. Vespaziani, *Il costituzionalismo statunitense all’inizio del nuovo secolo*, in *Quad. cost.*, 2005, 619 ss.

⁵¹ Così, a proposito degli esiti oggettivizzanti della recente giurisprudenza costituzionale italiana in materia elettorale, G. Repetto, *Il canone dell’incidentalità costituzionale*, cit., 316 ss.

⁵² A questo proposito, cfr. V. Bogdanor, *The Coalition and the Constitution*, Oxford, 2011, 84 ss. Il ragionamento svolto da Bogdanor sulla necessità di aggiornare periodicamente la mappa delle circoscrizioni – a prezzo, però, del nesso fra ciascun membro del Parlamento e il “suo” collegio – riguarda evidentemente un ordinamento per certi versi estraneo alla nostra problematica della tensione fra parlamenti e corti: è innegabile però che la sua validità possa essere estesa anche ad altri ordinamenti in cui sono in vigore sistemi elettorali maggioritari uninominali.

elettorale⁵³. Analogamente, accenti particolarmente aspri si ritrovano nei passaggi della sentenza n. 1/2014 relativi alle liste bloccate “lunghe” e alla “ferita” che queste avrebbero inferto alla “logica della rappresentanza democratica consegnata nella Costituzione”⁵⁴.

L’attività delle corti costituzionali finisce così per svolgersi lungo un crinale assai insidioso: se è vero che lo scrutinio di costituzionalità delle leggi elettorali mira innanzitutto ad assicurare la conformità delle consultazioni elettorali ai principi costituzionali e, di riflesso, la piena democraticità dell’ordinamento, nondimeno esso si presta al rischio d’indebolire proprio quel principio, “delegittimando gli organi di rappresentanza politica”⁵⁵. Non sfuggono, insomma, gli intrecci fra questa traiettoria e riflessioni come quelle di Rosanvallon sulla postdemocrazia⁵⁶.

A fronte della complessità delle valutazioni svolte dalle corti costituzionali, uno strumento che ha trovato sempre più spesso applicazione è la verifica del rispetto di canoni di proporzionalità, assai di frequente in relazione ai correttivi dei sistemi proporzionali, come la previsione di soglie di sbarramento o di premi di maggioranza⁵⁷. A riprova del carattere in parte incontrollabile di questi fenomeni di convergenza e di circolazione di modelli e argomenti, si deve segnalare che un tentativo di strutturare con più rigore il controllo di costituzionalità della legge elettorale si può riscontrare anche nell’ultima importante decisioni su questi temi – resa tre anni dopo l’inizio della transizione verso una democrazia c.d. illiberale – della Corte costituzionale ungherese⁵⁸.

Il riferimento alla democrazia illiberale impone una precisazione finale: un profondo mutamento delle coordinate di fatto e di diritto potrebbe imporre un’ulteriore evoluzione. In passato, in effetti, si tendeva a valorizzare la stabilità della disciplina elettorale, indicando la via procedurale della costituzionalizzazione della legge elettorale, e in particolare dei suoi “elementi più sensibili”⁵⁹: la formula elettorale, le circoscrizioni o le regole per la delimitazione delle circoscrizioni.

⁵³ Cfr., per tutti, H. Meyer, *Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung*, cit., 560. Non meno interessante appare il caso italiano, per il quale – per lo meno con riguardo alla sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale – si può parlare di sospetto nei confronti, se non del legislatore, dei partiti (come rilevato criticamente da I. Massa Pinto, *Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c’è e riguarda il ruolo dei partiti politici*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, 43 ss., su www.constituzionalismo.it).

⁵⁴ Corte costituzionale italiana, sentenza n. 1/2014, par. 5.1 del Considerato in diritto.

⁵⁵ Così ancora A. Romano, *Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto*, cit., 434; cfr., eventualmente, G. Delledonne, *Legge elettorale e principi costituzionali in materia di partiti politici: un’interazione problematica*, in *Quad. cost.*, 2017, 808 s.

⁵⁶ Il riferimento è a P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell’era della sfiducia*, Roma, 2009. Cfr. inoltre R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Riv. AIC*, n. 3/2018, 916 s., su www.rivistaaic.it.

⁵⁷ Oltre alla recente giurisprudenza tedesca sulle soglie di sbarramento – già richiamata in precedenza – e alla sentenza italiana sulla Calderoli, si segnala la sentenza n. 30/2003 del 26 febbraio 2003 della Corte costituzionale belga (par. B.22). Sul punto cfr. L.G. Sciannella, *La giurisprudenza della Cour d’arbitrage belga nel biennio 2002/2003*, in *Giur. cost.*, 2004, 3567 ss.

⁵⁸ Il riferimento è alla sentenza n. 3141/2014 del 29 aprile 2014.

⁵⁹ Così il già citato Codice di buona condotta in materia elettorale (p. 26).

Nelle “democrazie illiberali” che paiono affermarsi nell’Europa centro-orientale, come detto, questo dato risulta talora stravolto. Il dato che accomuna queste evoluzioni e alcuni esiti giurisprudenziali che hanno caratterizzato le democrazie consolidate negli ultimi anni può perciò essere individuato nella necessità di preservare una certa fluidità del processo politico e, con esso, la capacità della democrazia rappresentativa di svolgere il suo ruolo.

Parlamenti e Corti nella tutela e nella promozione dei diritti umani: l'esperienza inglese dello *Human Rights Act 1998* e della *Joint Committee on Human Rights*

di Paola Piciacchia

Abstract: **Parliaments and Courts in protecting and promoting human rights: the English experience of the *Human Rights Act 1998* and the *Joint Committee on Human Rights*** – The essay focuses on the dialogue between Parliaments and Courts with a particular interest on the role that representative assemblies can play in protecting human rights in relation with the Courts' activity. Due to their democratic legitimacy, parliaments fulfill a particularly relevant function in protecting and promoting human rights, and they should fulfill it more and more. Hence, the importance in each legal system to define efficient mechanism of parliamentary control on human rights in the light of jurisprudence of the Courts and in particular of the Court of Strasburg. Among the most significant experiences, the English experience and the role played by the Joint Committee on Human Rights in the light of the Human Rights Act 1998 are analyzed.

Keywords: Parliaments; Courts; Human Rights; Human Rights Act; Joint Committee on Human Rights.

2883

1. Premessa

Il dibattito sul ruolo dei Parlamenti nel XXI secolo è divenuto di stringente attualità e nell'ambito di un dibattito molto ricco un tema che offre importanti spunti di riflessione è quello relativo al rapporto tra Parlamenti e Corti nella tutela dei diritti umani.

Richiamare il ruolo che i Parlamenti possono svolgere nella tutela dei diritti umani in relazione all'attività delle Corti, considerate di norma le principali interpreti delle Costituzioni, permette infatti di interrogarsi sui modi in cui i Parlamenti sono chiamati oggi ad esprimere le sollecitazioni che derivano dallo stato costituzionale.

Tale prospettiva si ricollega, da un lato, alle riflessioni sull'evoluzione del ruolo dei Parlamenti che storicamente ha accompagnato l'evoluzione stessa del costituzionalismo, dall'altro, alla definizione di uno dei possibili esiti di tale percorso. I Parlamenti, infatti, nel passaggio dal costituzionalismo moderno a quello contemporaneo, hanno compiuto un cammino che si è sostanziato nel passaggio dalla capacità di costituire il "fulcro" degli assetti costituzionali dello

Stato liberale¹ a quella che è oggi è possibile definire “la capacità di veicolare”² le sollecitazioni provenienti dallo Stato costituzionale, attraverso la definizione di specifici compiti.

Non è scopo di questo scritto soffermarsi sulla ricostruzione storico-costituzionale di tale evoluzione, è tuttavia proprio alla luce di questo percorso³ - che ha avuto accentuate ricadute sulle istituzioni parlamentari nell’ambito dell’evoluzione delle forme di stato, di governo e delle trasformazioni compiutesi tra Diciannovesimo e Ventunesimo secolo - che oggi la dottrina è chiamata ad interrogarsi su quali siano i nuovi possibili modi di guardare a vecchie istituzioni⁴.

Nel passaggio dallo stato liberale e allo stato democratico pluralista⁵ - fase caratterizzata, come è noto, dalla crisi di legittimazione e dalle richieste di estensione della base sociale attraverso il progressivo allargamento del suffragio e l’avvento dei nuovi partiti di massa - i Parlamenti si sono trovati, oltre un secolo fa, a dover ripensare se stessi di fronte a dinamiche in cui la decisione politica cominciava ad uscire fuori dagli ambiti dell’organizzazione costituzionale e le assemblee parlamentari da luogo di discussione dell’interesse collettivo cominciavano a divenire luogo della contrapposizioni di interessi⁶. Allo stesso modo oggi essi sono posti di fronte a nuove sfide che - in un mutato contesto di crisi della rappresentanza, crisi dei partiti politici, crisi della funzione legislativa, soppiantata da spinte provenienti dall’alto (le istituzioni sovranazionali) e dal basso (le entità subnazionali) - devono essere pronti a cogliere.

Con l’affermazione dello “stato costituzionale”⁷, con la subordinazione dell’ordinamento ad uno “strato più alto di diritto, stabilito dalla costituzione”⁸ e la piena affermazione della supremazia della costituzione - “che non si (im)pone più come l’espressione della sovranità dello stato e dei suoi limiti”⁹ ma come espressione del pluralismo e dell’insieme di valori - e del controllo di costituzionalità, i Parlamenti si sono trovati, infatti, ad interagire con nuove dinamiche dovute alle trasformazioni del costituzionalismo del Novecento

¹ V. in tal senso P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale*, Torino, 2010, 17; v. anche Id., *Preistoria, origini, vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 41.

² P. Piciacchia, *Parlamenti e costituzionalismo contemporaneo. Percorsi e sfide della funzione di controllo*, Napoli, 2017, 15.

³ *Ibidem*, 15 ss.

⁴ R.W. Bauman, T. Kahana, *New Ways of Looking at Old Institutions*, in R.W. Bauman, T. Kahana (eds), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, 2006, 1-14.

⁵ Su questi cruciali passaggi epocali, tra gli altri, cfr. F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, 2006; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale*, cit., 20 ss.; F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I pubblicisti nell’Italia unitaria*, Roma-Bari, 2004; M. Luciani, *Governo (Forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto - Annali*, vol. III, Milano, 2009, 562 ss.

⁶ O. Kirchheimer, *Trasformazione del significato del parlamentarismo*, in O. Kirchheimer, *Costituzione senza sovrano: saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione e curatela di Angelo Bolaffi, Bari, 1982, 30. Sul pensiero di O. Kirchheimer v. anche A. Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità: filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, 2002.

⁷ Sullo stato costituzionale si vedano tra gli altri: P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005; E. Cheli, *Lo Stato costituzionale*, Napoli, 2006.

⁸ P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, 34.

⁹ P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 23.

caratterizzato, tra le altre cose, dall'aumento dei poteri delle corti costituzionali e dall'ascesa della protezione dei diritti fondamentali¹⁰, protezione negli anni accresciuta grazie al ruolo incrementale della giurisprudenza sia a livello nazionale che internazionale¹¹. È dunque nell'ambito di queste nuove dinamiche che i Parlamenti possono cercare di farsi essi stessi interpreti delle esigenze sorte con l'affermazione e l'evoluzione dello stato costituzionale.

Questo introduce al tema dei rapporti che possono instaurarsi tra Corti e Parlamenti proprio nella protezione dei diritti e al modo in cui le istituzioni parlamentari possono contribuire alla democrazia costituzionale al fine di promuovere i valori democratici, costituzionali e la tutela dei diritti in un gioco di ruoli "interattivi piuttosto che esclusivi"¹². E introduce anche al tema della capacità dei Parlamenti di sviluppare, nell'ambito di una più incisiva funzione di controllo, efficaci meccanismi in grado di rispondere a tali sollecitazioni.

2885

2. Le prospettive del dialogo tra Parlamenti e Corti nella tutela dei diritti umani

Il rapporto tra Parlamenti e Corti nella protezione dei diritti umani non è stato diffusamente trattato in Italia¹³ rispetto ad altri Paesi nei quali, già da tempo, esso costituisce ampio oggetto di discussione.

Al contrario, nel diritto anglo-americano è emersa negli ultimi anni¹⁴ una particolare attenzione – in parte dovuta al carattere stesso degli ordinamenti e

¹⁰ In argomento v. B. Celano, *I diritti nello stato costituzionale*, Bologna, 2013. V. inoltre P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, cit., 33; G. Zagrebelski, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; v. anche dello stesso Autore *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009. Sulla protezione dei diritti fondamentali cfr. altresì S. Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino, 2016.

¹¹ Sull'interazione tra corti e dottrina v. G. Messina, *Diritto liquido? : la governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012, 258.

¹² A. Guttman, *Foreword: Legislatures and the Constitutional State*, cit., IX.

¹³ Ampio sviluppo in Italia ha avuto invece il dibattito dottrinario relativo al dialogo tra le Corti e ai rapporti tra ordinamento interno e internazionale nella protezione dei diritti umani Cfr. fra tutti G. Rolla (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010; G. De Vergottini G., *Il dialogo transnazionale fra le corti*, Napoli, 2010; Id., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 16 dicembre 2009; Id., *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, relazione al convegno su *L'adeguamento del processo penale italiano alla Convenzione europea dei diritti umani: work in progress*, Urbino 20-21 aprile 2012, in *ConsultaOnLine*; Id., *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie a tutela dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, n. 24/2013; Id., *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 27 settembre 2017, 18, 2017; T. E. Frosini, *Sui rapporti fra la Corte EDU e la Costituzione italiana*, in *Rassegna Parlamentare*, 2, 2010, 51-68.

¹⁴ V. A. Donald, Ph. Leach *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2016; M. Hunt, H.J. Hooper, P. Yowell, *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, Oregon, 2015; R. Bellamy, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 1, 2011, 86-111; R.W. Bauman, T. Kahana (eds), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, 2006. In particolare i contributi: D.A. Farber, *Legislative Constitutionalism in a System of Judicial*

delle famiglie giuridiche di riferimento – da un lato, al rapporto tra Parlamenti e costituzione e, dall'altro, al rapporto tra corti nazionali ed internazionali ed parlamenti orientati a definire il loro “ruolo costituzionale”¹⁵.

Nel Regno Unito e, in generale, nei paesi di *common law*, tale riflessione¹⁶ – che si è sviluppata nell'ambito del dibattito sulla contrapposizione tra *political* e *legal constitutionalism*¹⁷ – ha visto fronteggiarsi coloro che si oppongono ad un eccessivo ruolo delle Corti nella protezione dei diritti umani, e che pongono peraltro l'accento sul problema del *deficit democratico*, e coloro che sono invece favorevoli a più forti poteri giudizizionali nella protezione dei diritti umani contro “*the political branches*”¹⁸.

La sintesi di questo dibattito – che rimane comunque aperto su chi, tra Corti e Parlamenti, debba avere l'ultima parola nella tutela dei diritti umani¹⁹ – si rintraccia tuttavia nell'esigenza emersa, anch'essa negli ultimi anni, di coinvolgere nella protezione dei diritti umani tutti i poteri dello Stato²⁰ nella consapevolezza che esiste una responsabilità condivisa degli organi costituzionali in tale ambito. Quindi, nel discutere sulle forme di protezione legale dei diritti umani negli stati democratici si discute anche della responsabilità di “tutte le branche dello stato” nel far rispettare questi diritti²¹.

Se dunque si sta sviluppando un certo consenso nel ritenere che la protezione dei diritti non debba essere esclusivamente riservata al potere giurisdizionale ma debba essere piuttosto condivisa tra le istituzioni dello Stato, *in primis* Parlamento

Supremacy, 431–451; R.W.Bauman, T. Kahana, *New Ways of Looking at Old Institutions*, 1–14; A.Guttman, *Foreword: Legislatures and the Constitutional State*, cit.

¹⁵ Sul ruolo dei parlamenti nell'interpretazione della Costituzione v. M. Tushnet, *Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design*, in R.W. Bauman, T. Kahana, *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, cit., 355.

¹⁶ Cfr. A. Lajoie, C. Bergada, É. Gélneau, *Legislatures as Constitutional Interpretation: Another dialogue*, in R.W. Bauman, T. Kahana, *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, cit., 385, dove si legge che l'interpretazione costituzionale si sviluppa entro una cornice piuttosto complessa di interrelazioni tra corti e parlamenti il cui equilibrio è piuttosto “subtle”.

¹⁷ R. Bellamy, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, in *International Journal of Constitutional Law*, cit.

¹⁸ Sulla contrapposizione tra *political constitutionalism* e *legal constitutionalism* v. J.A.G. Griffith, *The Political Constitution*, in *The Modern Law Review*, vol. 42, n. 1, 1979, 1–21; A. Tomkins, *Public Law*, Oxford, 2003; T. Wright, *British Politics*, Oxford, 2003; R. Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007; A.W. Bradley, K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, Gosport, Hampshire, 2011.

¹⁹ M.Hunt, H.J. Hooper, P.Yowell, *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., p. 6.

Il dibattito su chi debba avere l'ultima parola in materia costituzionale ed in particolare in materia di protezione dei diritti e della libertà costituzionalmente garantite e sul problema del deficit democratico si è riaperto recentemente anche in Francia. Cfr. J.-P. Derosier, B. Mathieu, J.-E. Schoettl, B. Schmaltz, F. Vadillo, *Contrôle de constitutionnalité: débat autour d'une clause de dernier mot au profit du Parlement*, L'Héritaire – Le combat des idées à gauche – Livret n° 9 – Série « La réforme des Institutions » (8) – 29 janvier 2019.

²⁰ J. Mayerfeld, *The Promise of Human Rights. Constitutional government, democratic legitimacy and international law*, Philadelphia, 2016, 1.

²¹ R. Gavison, *Legislatures and the Phases and Components of Constitutionalism*, in R.W. Bauman, T. Kahana (eds), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, cit., 199.

e Esecutivo – e in tal senso le varie branche dello Stato non devono essere viste come antagoniste nella protezione e nella promozione dei diritti umani ma come attori che agiscono in forma collaborativa²² quali elementi inseparabili e interconnessi del sistema democratico²³ – allora il ruolo che i Parlamenti rivestono e possono rivestire assume un particolare rilievo.

La legittimazione democratica che li contraddistingue fa sì, infatti, che i Parlamenti diventino attori chiave nella protezione e nella promozione dei diritti: essi, infatti, possono usare tale legittimazione per costruire una cultura del rispetto e dell'implementazione dei diritti fondata il più possibile sul consenso nazionale.

È partendo da questo presupposto che occorre tuttavia chiedersi in che modo i Parlamenti possono porsi come i veri interlocutori attivi delle Corti. Per divenire tali, infatti, è necessario che in ciascun ordinamento vengano definiti efficaci meccanismi che permettano alle istituzioni rappresentative di “dialogare” con le Corti nazionali ed internazionali, come la Corte europea dei Diritti dell'uomo al fine di consentire loro di agire in una cornice integrata di protezione dei diritti umani in cui livello nazionale ma anche internazionale possano intersecarsi.

Il ruolo che i Parlamenti svolgono e sono chiamati a svolgere va valutato, infatti, non solo sotto il profilo della capacità di attuare le decisioni delle Corti, ed in particolare della Corte europea dei diritti umani²⁴, ma anche sotto il profilo nella capacità di controllare la legislazione proprio alla luce della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti umani. In tal senso il ruolo dei Parlamenti assume un carattere al tempo stesso istituzionale, quale impegno necessario di un potere dello Stato, ma anche politico dal momento che l'implementazione dei diritti umani e la dimensione del controllo dipendono, entrambi, soprattutto dalla capacità e dalla volontà dei parlamentari che possono garantire efficacia ed effettività delle procedure.

A monte, infatti, tale discorso richiama quello più ampio relativo ai percorsi e alle sfide della funzione di controllo nel parlamentarismo del XXI secolo che mette in primo piano le possibilità offerte da una ridefinizione della funzione di controllo che tra vecchie e nuove declinazioni, sembra oggi diventata il vero “*core business*”²⁵ dei Parlamenti. E sebbene non sia sempre facile circoscrivere i confini entro i quali si esplica la funzione di controllo dei Parlamenti²⁶, soprattutto per le

²² D. Kinley, *Finding and Filling the Democratic Deficit in Human Rights*, in M. Hunt, H.J. Hooper, P. Yowell, *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., 29 ss.

²³ *Ibidem*.

Su questi temi per la dottrina italiana cfr. C. Pinelli, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. General Assessments*, in G. Repetto (a cura di), *The Constitutional relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, Cambridge, 2013, 239 ss.

²⁴ Sui profili generali cfr. A. Donald, P. Leach, *The Role of Parliaments Following Judgements of European Court of Human Rights*, in M. Hunt, H.J. Hooper, P. Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., 59 ss; Id., *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2016.

²⁵ M. Luciani, *Funzione di controllo e riforma del Senato*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2016, p. 5.

²⁶ In tal senso G. Rivoecchi, *La funzione di controllo parlamentare tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, 289. Sulla funzione di controllo in Italia v. in particolare N. Lupo, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in *Amministrazione in*

caratteristiche che essa assume in ciascun ordinamento anche in relazione alla forma di governo²⁷, un elemento che però sembra emergere con maggiore forza negli ultimi anni è la progressiva implementazione dell'arsenale giuridico del controllo, in particolare proprio quello orientato alla protezione dei diritti.

Merita qui sottolineare che l'attenzione specifica al ruolo che i Parlamenti possono giocare nella protezione dei diritti non nasce dal nulla. Essa è senz'altro stata favorita oltre che da una maturata e intrinseca consapevolezza (sicuramente a geometria variabile nei singoli ordinamenti) anche dai numerosi richiami in sede internazionale – succedutesi dagli anni duemila – grazie all'importanza che sono andati assumendo nei decenni il sistema della CEDU e le decisioni della Corte di Strasburgo.

Nel 2006 fu per prima l'Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa²⁸ a votare una *Risoluzione* nella quale – tra le altre cose – si invitavano tutti i Parlamenti nazionali ad introdurre specifici meccanismi e procedure per un effettivo controllo sull'attuazione delle decisioni delle Corti sulla base di regolari rapporti dei ministeri competenti²⁹.

Inoltre, quando il 18 e il 19 febbraio del 2010 si tenne ad Interlaken la Conferenza sul futuro della Corte Europea dei Diritti umani e del sistema della Convenzione Europea per i diritti umani che vide riuniti 47 stati membri del Consiglio di Europa, dalla *Dichiarazione* congiunta che ne scaturì emerse chiaramente che il futuro della Corte dipendeva in larga misura dall'implementazione a livello nazionale della Convenzione. In particolare, la Dichiarazione rinnovò l'appello agli Stati membri di assicurare che i diritti riconosciuti dalla Convenzione europea fossero pienamente garantiti a livello nazionale, attraverso una sistematica applicazione del principio di sussidiarietà che implica una ripartizione di responsabilità tra Stati aderenti alla Convenzione e Corte, e attraverso la rapida esecuzione delle sue decisioni. Inoltre, ribadì che i Parlamenti, così come i Governi e le Corti, giocano un ruolo fondamentale nella protezione dei diritti a livello nazionale³⁰. Sicché i Parlamenti venivano incoraggiati a rivestire un ruolo decisamente più "proattivo" nel rendere effettiva la Convenzione all'interno dei singoli sistemi legali con l'obiettivo di assicurare la compatibilità della legislazione con la Convenzione. In tale prospettiva l'attività

cammino, 15 maggio 2009, 1-27; v. anche S. Galeotti, voce *Controlli costituzionali* in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, 319-348; Id. *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1963; Id., *Profilo giuridico dei controlli costituzionali*, in *Studi in memoria di G. Zanobini*, Milano, 1965, 317-381; Id. voce *Garanzia costituzionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, Milano, 1969, 490; G. Amato, *L'ispezione politica del Parlamento*, Milano, 1968; C. Chimenti, *Il controllo parlamentare*, Milano, 1974.

²⁷ V. sul punto G. Pasquino, R. Pelizzo, *Parlamenti democratici*, Il Mulino, 2006, 179 ss.

²⁸ Sul ruolo dell'Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa v. A. Drzemczewski, J. Lewis, *The work of Parliamentary Assembly of the Council of Europe*, in M. Hunt, H.J. Hooper, P. Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., 309 ss.

²⁹ Pace, *Resolution 1516*, (2006), *Implementation of judgments of the European Court of Human Rights*, 2 ottobre 2006, par. 22.1.

³⁰ *Interlaken Declaration*, PP 6, 1.

delle assemblee rappresentative veniva riconosciuta sempre più cruciale nell'implementazione effettiva dei diritti umani³¹.

Nel 2011 i Parlamenti Nazionali venivano considerati dalla *Committee on Legal Affairs and Human Rights* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa “at the heart of human rights protection”³² in qualità di legislatori³³. La stessa Commissione nel 2012 nel ribadire³⁴ la responsabilità di tutti gli organi dello Stato nel prevenire e porre rimedio alla violazione dei diritti umani, sottolineava la precisa responsabilità del Governo e del Parlamento soprattutto nella prevenzione, attribuendo specificatamente al Legislativo il dovere di verificare la compatibilità della legislazione con la Convenzione e i suoi protocolli, come interpretati dalla Corte³⁵.

Anche la Dichiarazione di Brington nel 2012 approvata durante la *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights* organizzata dal Consiglio di Europa auspicò un rafforzamento del controllo *ex ante* dei Parlamenti sulla Convenzione attraverso il miglioramento della qualità e della quantità delle informazioni³⁶.

A livello internazionale il monito è giunto anche dalle Nazioni Unite dove, non solo l'Assemblea generale nel 2012 nella dichiarazione sulla *Rule of Law* ha riconosciuto il ruolo essenziale dei Parlamenti “in the rule of law at the national level”, ma dove anche lo *Human Rights Council* ha ribadito il riconoscimento del “crucial role that parliaments play in, inter alia, translating international commitments into national policies and laws, and hence in contributing to fulfilment by each State Member of the United Nations of its human rights obligations and commitments and to the strengthening of the rule of law”³⁷.

3. Le risposte a livello parlamentare in alcuni ordinamenti tra *cross-cutting approach*, *hybrid* e *specialized model*

Ma quali sono state le risposte a tali sollecitazioni nei singoli ordinamenti? A livello interno i Parlamenti nazionali hanno risposto con approcci assai diversificati tanto che negli anni si sono profilati diversi tipi di controllo

³¹ Cfr. House of Lords, House of Commons - Joint Committee on Human Rights, *Enhancing Parliament's role in relation to human rights judgments*, Fifteenth Report of Session 2009–10, 9 dove viene ribadito il ruolo fondamentale dei parlamenti nella tutela dei diritti umani.

³² *Ibidem*, 5.

³³ Pace, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporto (Relatore Christos Pourgourides), *National parliaments: guarantors of human rights in Europe*, Doc. 12636, 6 giugno 2011, 1.

³⁴ Pace, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporto (Relatore Marie-Louise Bemelmans-Videc), *Guaranteeing the authority and effectiveness of the European Convention on Human Rights*, Doc. 12811, 3 gennaio 2012, p. 1 ss.

³⁵ In tale ruolo “the need for parliaments, which can influence the direction and priority of legislative initiatives, to exercise effective oversight of action or inaction of the executive”, *Ibidem*, 20.

³⁶ High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration, 2012.

³⁷ UN, Human Rights Council, *Resolution*, 22/15. *Contribution of parliaments to the work of the Human Rights Council and its universal periodic review*, 21 marzo 2013.

parlamentare sui diritti umani che non sempre sono riusciti a rispondere alle aspettative.

Solo in un certo numero di Paesi è prevalso, infatti, il modello *specialized* con la creazione di commissioni *ad hoc* che si occupano dei diritti umani³⁸. In questo modello rientrano senza alcun dubbio il Regno Unito, di cui si dirà più avanti, dove la *Joint Committee on Human Rights*, creata nel 2001, svolge un complesso e importante, anche se non sempre efficace, controllo sulla legislazione alla luce dello *Human Rights Act* del 1998.

Anche in Grecia il Parlamento, nel 2013, si è dotato di una *Special Permanent Committee on monitoring the decisions of the European Court of Human Rights*. Sono da menzionare inoltre la *Committee on Legal Issue, Public Administration and Human Rights* del Parlamento albanese; la *Commission for Petitions, Human Rights and Equal Opportunities* del Parlamento dell'Assemblea Nazionale slovena; la *Standing Committee on Human and National Minority Rights* del Parlamento croato; la *Commission on Justice* dell'Assemblea Nazionale ungherese.

Esistono inoltre numerosi Paesi in quei prevale il *cross-cutting approach*, ovvero Paesi in cui non esistono commissioni *ad hoc* per il controllo sui diritti umani, ma dove tale controllo viene svolto genericamente dalle commissioni permanenti nell'ambito delle reciproche competenze. È questo il caso di paesi come la Spagna dove le questioni relative ai diritti umani sono discusse nelle rispettive *Commissioni Affari Costituzionali* del Congresso dei Deputati e del Senato. O come il *Rikstag* svedese, lo *Storting* norvegese e il *Folketing* danese che non dispongono di una specifica procedura per monitorare l'attuazione delle decisioni dell'ECrHR e il Parlamento viene coinvolto solo se il Governo ritiene che sia necessario approvare una legge per rimediare ad una violazione³⁹. In questo modello rientra, per certi versi (mentre per altri può essere ricompreso nel modello *specialized*) anche la Finlandia, dove alla *Commissione Affari Costituzionali* spetta una dichiarazione di costituzionalità delle proposte legislative e su tutte le altre questioni riguardanti i trattati internazionali sui diritti umani e dove il Governo annualmente sottopone al Parlamento un *Rapporto sulla politica sui diritti umani*, mentre specificatamente la *Commissione Affari Esteri* ascolta esperti di differenti organizzazioni predisponendo anche un Rapporto per l'Assemblea plenaria.

Tra questi Paesi – tra i quali rientra anche la Svizzera – merita infine menzionare l'Olanda nella quale non esiste una specifica procedura per la verifica della compatibilità dei progetti di legge con la CEDU, ma il Parlamento attraverso un “*cross-cutting approach*”⁴⁰ effettua una valutazione della legislazione sia *ex ante* che *ex post* sotto il profilo della tutela dei diritti umani. In questo ordinamento il positivo impatto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha cominciato a manifestarsi già a partire dagli anni Settanta e Ottanta e attualmente i funzionari

³⁸ Pace, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporto (Relatore Christos Pourgourides), *National parliaments: guarantors of human rights in Europe*, Doc. 12636, 6 giugno 2011, 12 ss.

V. altresì A. Donald, Ph. Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, cit., 75 ss.

³⁹ *Ibidem*, 77.

⁴⁰ A. Donald, Ph. Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, cit., 267.

che si occupano della redazione dei progetti di legge sono tenuti ad attenersi a precise istruzioni che li obbligano a specificare perché un progetto di legge è da considerare compatibile con le norme internazionali sui diritti umani, previo controllo svolto dal Ministero della Giustizia volto a verificare la compatibilità del progetto di legge con la Convenzione.

Inoltre, a livello parlamentare, in entrambe le Camere, la Commissione Giustizia agisce con particolare enfasi nel controllo della conformità dei progetti di leggi agli strumenti di tutela internazionale dei diritti come la Convenzione, anche se di contro la cultura sui diritti non è molto diffusa tra i parlamentari la cui “*knowledge and understanding of human rights is often limited.*”⁴¹ Ad ogni modo, quando a livello parlamentare vengano espressi dubbi sulla compatibilità dei progetti al sistema internazionale di protezione dei diritti, viene aggiunta una “*evaluation clause*”, in virtù della quale la legislazione sarà sottoposta a valutazione dopo un certo numero di anni.

Per la valutazione *ex post*, relativa all'esecuzione delle decisioni della ECtHR, il Governo predispose un rapporto annuale per il Parlamento sulle decisioni della Corte di Strasburgo contro l'Olanda. Seguendo tale approccio l'Olanda ha saputo spesso procedere ad una modifica della legislazione in seguito alle pronunce della Corte di Strasburgo come nel caso ad esempio del codice di procedura penale, del codice di procedura amministrativo o del diritto di famiglia.

Esiste, infine, il modello cosiddetto *hybrid* caratterizzato appunto dalla presenza di più commissioni o sottocommissioni che si occupano dei diritti umani.

Una tipica esperienza⁴² è quella della Germania il cui “*record on implementation is strong*”⁴³ dove nel Bundestag la *Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz* (Commissione della Giustizia e della protezione dei consumatori) tratta oltre che le questioni inerenti il Ministero della Giustizia anche quelle relative alle riforme legislative necessarie per dare seguito alle decisioni della ECtHR, mentre la *Ausschuss für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe* (Commissione sui diritti umani e sull'aiuto umanitario) esamina i profili sui diritti umani in una prospettiva più ampia. Il Bundestag non disponendo però di un'unica commissione accentrata che si occupi di diritti umani si avvale anche del normale lavoro svolto dalle commissioni permanenti nell'ambito delle rispettive competenze. A differenza di altri ordinamenti dove si rileva una certa riluttanza a facilitare il coinvolgimento del Parlamento sulle questioni dei diritti umani, in Germania questo non accade⁴⁴. Complessivamente nell'esperienza tedesca si evidenzia la presenza di una forte cultura orientata alla tutela dei diritti che ha reso meno problematica l'accettazione e l'attuazione delle decisioni della Corte di Strasburgo. Sebbene il Governo mantenga un ruolo direttivo nel guidare e assicurare il

⁴¹ *Ibidem*, 271.

⁴² Sul rapporto tra ordinamento tedesco e ECHR v. per la dottrina italiana A. De Martino, *National Constitutions and the ECHR. Comparative Remarks in the Light of Germany's Experience*, in G. Repetto (a cura di), *The Constitutional relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, cit., 119 ss.

⁴³ A. Donald, Ph. Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, cit., p. 287.

⁴⁴ *Ibidem*, 292.

processo di attuazione delle decisioni della Corte di Strasburgo, e nessuna delle commissioni parlamentari abbia uno specifico mandato in tale ambito, è comunque assicurato un buon grado di collaborazione tra Esecutivo e Legislativo in questo settore, favorito dall'ampio accesso dei parlamentari alle informazioni⁴⁵.

Riguardo specificatamente alle due Commissioni che operano al Bundestag, un'importanza particolare riveste la *Commissione Giustizia e protezione dei consumatori* (*Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz*) la quale è l'interfaccia parlamentare del Ministro della Giustizia. Essa è, infatti, competente su tutte le questioni di cui si occupa il Ministro della Giustizia e prende in considerazione le modifiche legislative necessarie per l'attuazione delle decisioni della ECtHR, convocando frequentemente i rappresentanti del Ministro della Giustizia.

A differenza della Commissione Giustizia la *Commissione sui diritti umani e sull'aiuto umanitario* (*Ausschuss für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe*) non ha un ruolo preminente nelle questioni concernenti i diritti umani e non è direttamente collegata ad alcun ministro. In origine, al pari, come si dirà tra breve, del Comitato parlamentare sui diritti umani italiano, essa era stata creata come sotto-commissione della Commissione Affari Esteri, successivamente si è trasformata in una commissione e conserva oggi un approccio generale alle questioni dei diritti umani. Sebbene ad essa venga riconosciuto uno *status* inferiore rispetto alle altre commissioni⁴⁶, si è osservata la recente tendenza da parte del Bundestag ad affidarle un "*leading role in the framing legislation*"⁴⁷ sui diritti umani⁴⁸.

Rientra in questo modello misto anche l'Italia giudicata a livello internazionale nel 2011 tra le esperienze caratterizzate da *good practices*⁴⁹ dal punto di vista dell'attenzione al problema dei diritti non anche per l'attuazione delle decisioni della Corte di Strasburgo come rilevato più di recente⁵⁰.

⁴⁵ Il Ministro federale della Giustizia valuta, di norma, la compatibilità di tutti i disegni di legge con diritti umani, con il diritto dell'Unione Europea e con l'ordinamento costituzionale e quando sono coinvolti i diritti umani tali valutazioni sono riportate nell'*explanatory memorandum* sottoposto al Parlamento insieme al progetto di legge. Il Governo federale esprime le proprie valutazioni nel corso dell'*iter* legislativo nelle commissioni parlamentari e risponde alle domande di queste.

⁴⁶ A. Donald, Ph. Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, cit., 294.

⁴⁷ *Ibidem*, 293.

⁴⁸ Il Bundestag tedesco dispone inoltre di diversi canali informativi. In particolare, dal 2007, - in seguito alla Risoluzione dell'Assemblea del Consiglio di Europa che, come abbiamo già visto, aveva invitato tutti i Parlamenti a dotarsi di specifici meccanismi di controllo sull'attuazione delle decisioni della ECtHR, - il Ministro della Giustizia provvede ad inviare rapporti annuali (che vengono pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia) al Parlamento sulle decisioni della Corte di Strasburgo e il loro seguito in Germania. Tali rapporti contengono tutte le informazioni relative ai giudizi contro la Germania; le misure intraprese per realizzare quanto richiesto nelle decisioni; e i procedimenti nei confronti di altri Stati che potrebbero essere potenzialmente significativi per la Germania. In particolare, poi, nel 2010, il *Bundesrat* chiese espressamente che venisse presentato un rapporto annuale anche sulle decisioni riguardanti gli altri paesi del Consiglio di Europa che potessero avere specifiche implicazioni per la Germania.

⁴⁹ Pace, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporto (Relatore Christos Pourgourides), *National parliaments: guarantors of human rights in Europe*, Doc. 12636, cit., 14.

⁵⁰ Pace, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: 8th report*, 2015, 2.

Presso il Senato esiste una *Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*. Questa è aperta alla società civile ed opera in collegamento con le organizzazioni che si occupano dei diritti fondamentali della persona; ne trasmette le preoccupazioni al Governo, alle istituzioni e all'opinione pubblica facendo uso degli strumenti tipici del controllo parlamentare e realizzando proprie iniziative. Inoltre, le due *Commissioni Affari Costituzionali*, alla Camera dei Deputati e al Senato, esaminano le decisioni della ECtHR con lo scopo di valutare l'adozione delle riforme necessarie. Infine, nell'ambito della *Commissione Affari Esteri* alla Camera dei Deputati opera il *Comitato permanente per i diritti umani* che svolge indagini conoscitive. Il coordinamento tra Parlamento e Governo è assicurato da un *Comitato interministeriale sui diritti umani* che predispone una relazione annuale sulla propria attività e, più in generale, sulla tutela e il rispetto dei diritti umani in Italia⁵¹. L'Italia ha poi introdotto nel 2006 una specifica legislazione per l'attuazione delle decisioni della Corte di Strasburgo. Il 9 gennaio 2006 è stata infatti approvata la *Legge Azzolini* che ha modificato la legge n. 400 del 23 agosto 1988 che ha stabilito che è il Governo a promuovere gli adempimenti di competenza dell'Esecutivo relativi alle pronunce della Corte di Strasburgo nei confronti dello Stato italiano, e a comunicare “tempestivamente” alle Camere tali pronunce, per favorire l'esame delle commissioni parlamentari competenti per materia, e a presentare annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle decisioni della ECtHR.

2893

Occorre inoltre ricordare che i Presidenti delle due Assemblee, al fine di prevenire e anticipare qualsiasi tipo di violazione, hanno emanato circolari relative all'importanza della sistematica verifica della compatibilità dei progetti di legge con la Cedu. Esiste altresì dal 2005, presso l'Avvocatura della Camera dei deputati, l'Osservatorio permanente delle sentenze della Corte Edu, che prepara note e documentazione informativa sulle decisioni della Corte di Strasburgo sui casi pendenti relativi all'Italia.

Pur in assenza di commissioni specializzate, occorre quindi sottolineare che, soprattutto negli ultimi venti anni, in Parlamento si è manifestata una maggiore e generalizzata consapevolezza verso la materia dei diritti umani che si è tradotta non solo a livello legislativo ma anche a livello di formazione di una cultura parlamentare orientata verso i diritti umani, che ha coinvolto, allo stesso modo, entrambe le Camere. Com'era stato sottolineato, già nel corso della XIII legislatura tale dimensione parlamentare stava “diventando un momento di grande

⁵¹ Tra le numerose esperienze rientranti nell'ambito del modello misto, merita ricordare quella della Camera dei Rappresentanti di Cipro all'interno della quale operano lo *Standing Committee on Human Rights and Equal Opportunities for Men and Women* e il *Committee on Legal Affairs*; il Parlamento della Macedonia dove esistono due commissioni, la *Committee on Political System and Inter-Ethnic Relations* e la *Standing Inquiry Committee on Protection of Civil Freedoms and Rights*; del Consiglio Nazionale slovacco che ha creato una *Committee on Human Rights and Minorities* e una *Commission on Constitutional and Legal Affairs*; il Parlamento lituano (*Seimas*) in seno al quale operano la *Committee on Legal Affairs* e la *Committee on Human Rights*; il Parlamento della Repubblica ceca dove alla Camera dei Deputati, nell'ambito della *Constitutional and Legal Committee* e della *Committee on Petition*, sono state costituite due sottocommissioni sui diritti umani.

dibattito politico e di definizione di indirizzi generali”⁵² e ciò ha favorito, negli anni, lo sviluppo di un ruolo “di traino e di stimolo” del Parlamento. Esso si è fatto promotore di specifiche iniziative, “in ciò sorretto da una sensibilità politica trasversale su tutte le tematiche connesse alla materia dei diritti umani”⁵³, anche al di là dell’iniziativa del Governo.

Occorre tuttavia sottolineare che se la formazione di una cultura parlamentare più orientata verso i diritti ha portato alla realizzazione di alcune importanti iniziative, essa non si è completamente tradotta in azioni concrete per ciò che concerne l’attuazione delle decisioni della Corte di Strasburgo. Da ciò il giudizio sostanzialmente negativo di parte della dottrina italiana che ha evidenziato “la debolezza dei rimedi riparatori posti in essere dal Parlamento e, soprattutto, la sua inerzia rispetto alle decisioni di condanna della Corte di Strasburgo” e ha rilevato che “il controllo parlamentare sull’applicazione della CEDU e della sua giurisprudenza è rimasto assai limitato”⁵⁴.

2894

4. Lo Human Rights Act 1998 e le sue implicazioni

L’esperienza sicuramente più significativa in questo ambito è senz’altro quella inglese. Essa ha preso le mosse dall’approvazione dello *Human Rights Act 1998*⁵⁵, negli ultimi anni oggetto di numerose critiche⁵⁶, sulle cui implicazioni merita soffermarsi.

⁵² D. Colletti, *La tutela dei diritti umani nel Parlamento della XIII legislatura* in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma, Camera dei Deputati, vol. 1, 2001, 289.

⁵³ *Ivi*.

⁵⁴ C. Fasone, *Il ruolo del Parlamento nell’applicazione della CEDU. Riflessioni sparse a partire da The Constitutional relevance of the ECHR* in G. Repetto *Domestic and European Law, a cura di, Intersentia*, 2013 (pp. 251), in www.diritticomparati.it, 5 febbraio 2015.

⁵⁵ Sullo *Human Rights Act* del 1998 cfr. una copiosa letteratura: J. Beatson, P. Duffy, M. Demetriou, T. Eicke, *Human rights: the 1998 Act and the European Convention*, London, 2000; L. J. Clements, Ph.A. Thomas (a cura di), *The Human Rights Act: a success story?*, Oxford, 2005; A. Duffy, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni: recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, 2007; A. Kavanagh, *Constitutional review under the UK human rights act*, Cambridge, 2009; S. Sonelli, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Torino, 2010; T. Campbell, K. D. Ewing, A. Tomkins (eds), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford, 2011; R. Masterman, I. Leigh (eds), *The United Kingdom’s statutory Bill of Rights: constitutional and comparative perspectives*, Oxford, 2013; M. Amos, *Human rights Law*, Oxford, 2014; M. Arden, *Human rights and European law: building new legal orders*, Oxford, 2015; J.L. Hiebert, J.B. Kelly, *Parliamentary bills of rights: the experiences of New Zealand and the United Kingdom*, Cambridge, 2015.

⁵⁶ Negli ultimi anni lo *Human Rights Act 1998* e il sistema della Convenzione sono stati nel Regno Unito, al centro di numerose critiche. In particolare, lo *Human Rights Act* è stato biasimato “for being a ‘villains charter’, purportedly creating an individualistic and socially irresponsible culture”. Tali critiche non hanno risparmiato la stessa Corte di Strasburgo che è

Come è noto, lo *Human Rights Act 1998* ha costituito per il Regno Unito una sorta di “rivoluzione”, anche se, per certi versi, obbligata, dopo anni di numerose condanne da parte della Corte di Strasburgo⁵⁷ per la violazione dei diritti umani, e spesso per infrazioni del principio del giusto processo (*fair trial*). Per la prima volta dopo il *Bill of Rights* del 1689⁵⁸ che riconobbe una serie di diritti, divenuti poi privilegi, nell’ambito del progressivo processo di limitazione del potere della Corona, lo *Human Rights Act 1998* ha introdotto una carta dei diritti fondamentali, attraverso l’“incorporazione”⁵⁹ della Convenzione Europea dei Diritti Umani. Per i contenuti e i meccanismi introdotti, esso ha indubbiamente rappresentato un tipico esempio di “compenetrazione”⁶⁰ tra ordinamento interno e ordinamento internazionale e di profonda influenza delle fonti internazionali sulle fonti interne⁶¹.

Com’è noto, la legge del 1998 non si è limitata tuttavia a dotare l’ordinamento di un catalogo scritto di diritti ma ha anche precisato alla sez. 3 che, se ciò è possibile, la normativa primaria e anche quella secondaria devono essere

stata vista come un’istituzione che costituisce un rischio per i diritti umani. Le critiche sono giunte al punto che i Conservatori hanno più volte manifestato la volontà di abolire il legame formale considerato troppo stretto tra la legge del 1998, la Convenzione europea dei diritti e la Corte di Strasburgo in modo da avere più margini di manovra per l’attuazione di misure restrittive sull’immigrazione e la criminalità. Il Premier conservatore David Cameron aveva proposto di abolire il legame con Strasburgo attraverso il riconoscimento di un *British Bill of Rights* e la trasformazione della Corte Suprema in vero e propria corte costituzionale. Nel 2011 è stata creata la *Commission on Bill of Rights* con lo scopo di studiare la possibilità di creare un nuovo *Bill of Rights*, dalla quale tuttavia non è scaturita alcuna proposta concreta a causa di posizioni non uniformi sulla questione. Dopo le elezioni del 2015, il primo Ministro Cameron era tornato sulla questione proponendo il superamento dello *Human Rights Act 1998*, proposta che incontrava il sostegno anche dell’attuale Primo Ministro Theresa May. Tuttavia, un rapporto molto severo dell’*House of Lords European Union Committee* nei confronti della sua abolizione ha, di fatto, frenato il dibattito. V. A. Donald- Ph. Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, cit., 227 ss.; G. Caravale, *Verso un’evoluzione del modello Westminster?*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 2, 2016, 2.

⁵⁷ *Tyrer vs UK*, 1978, 2 EHRR 1; *Brogan vs UK*, 1989, 11 EHRR 117; *Sunday Times vs UK*, 1979, 2 EHRR 245; *Campbell and Fell vs UK*, 1984, 7 EHRR 165; *Malone vs UK*, 1985, 7 EHRR 14; *Maxwell vs UK*, 1993, 19 EHRR 97; *Benham vs UK*, 1996, 22 EHRR 293. Per la ricostruzione di alcuni casi giudiziari v. P. Leyland, *Human Rights Act 1998: riportare i diritti a casa?*, in *Quad. Cost.*, n. 1, 2000, 85; M. Patrono, *La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla Rule of Law allo Human Rights Act del 1998: sulle tracce di un lungo inseguimento*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n.1, 2004, 23 ss.

⁵⁸ K. Ewing, *The Parliamentary Protection of Human Rights*, in K. S. Ziegler, D. Baranger, A.W. Bradley, *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, 2007, 256.

⁵⁹ Sull’incorporazione della Convenzione attraverso lo *Human Rights Act*, v. le considerazioni di M. Patrono, *La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla Rule of Law allo Human Rights Act del 1998: sulle tracce di un lungo inseguimento*, cit., p. 28.

⁶⁰ In tal senso v. le considerazioni di E. Ceccherini, *La funzione del giudice nel crescente processo di osmosi fra ordinamenti*, in C. Casonato, E. Ceccherini, N. Lupo, A. Rinella, A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*. Atti del Convegno biennale dell’Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo (Trento, 2008), Torino, 2015, 71, la quale, in merito allo *Human Rights Act 1998*, sottolinea “la pregnante influenza dell’ordinamento internazionale su quelli interni”.

⁶¹ Per la dottrina italiana cfr. G. F. Ferrari, *La Convenzione europea e la sua “incorporation” nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.1, 1999,125-131; F. Rosa, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2000, 679-701; L. Montanari, *I diritti dell’uomo nell’area europea fra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002.

lette e applicate dai giudici “conformemente” ai diritti garantiti dalla Convenzione Europea, tenendo conto, tra le altre cose, della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani (sez. 2 HRA), e questo - come ha sottolineato la dottrina - “anche al prezzo di distorcere il significato letterale della disposizione normativa attraverso una ricostruzione forzata”⁶², attraverso un *purposive approach*. Concretamente ciò comporta che se il caso non è già contemplato da specifiche norme, esso può essere risolto direttamente in base alla Convenzione, “con piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione”⁶³ delle sue norme.

Sempre la sez. 3 dello *Human Rights Act* ha pure previsto che pur applicandosi alla legislazione primaria e secondaria, non ha effetti sulla validità delle disposizioni stesse, il che significa che se esse risultano in contrasto con un diritto riconosciuto dalla Convenzione, gli organi giudiziari non hanno alcun potere di annullamento. Tuttavia, la sez. 4 ha anche riconosciuto alle Corti la possibilità di emanare una «*declaration of incompatibility*», che pur non avendo effetti sulla validità delle norme, costituisce la base per la modifica successiva della legislazione al fine di armonizzarla e renderla compatibile con i contenuti della Convenzione europea. Inoltre, sebbene la dichiarazione di incompatibilità abbia “un valore meramente dichiarativo, visto che comunque prevale la normativa incompatibile, che il giudice è tenuto ad applicare (sez.4)”⁶⁴ essa apre la strada ad una specifica procedura rimediale (*remedial action*), una sorta di “corsia preferenziale”⁶⁵, a “binario veloce”⁶⁶, che ai sensi della sez. 10(2) può essere adottata per l’adeguamento della legislazione vigente a quanto previsto dalla Convenzione. In tal caso se un Ministro ritiene che vi siano “*compelling reasons*” per fare ricorso a tale procedura, può - se considera necessario rimuovere l’incompatibilità - attraverso un (*remedial*) *order* emendare la legislazione primaria e secondaria.⁶⁷ Il Ministro non è comunque obbligato a proseguire in questa direzione.

Nello specifico, comunque, la procedura prevede un intervento obbligatorio del Parlamento. Infatti ai sensi del par. 2 Schedule 2 dello *Human Rights Act 1998*, nessun *remedial order* può essere emanato senza che il progetto sia stato approvato con risoluzione da ciascuna Camera del Parlamento alla fine del periodo di 60 giorni a decorrere dal giorno in cui è stato predisposto il progetto, a meno che il proponente non dichiari esplicitamente nell’*order* che, a causa dell’urgenza, non si può procedere a tale approvazione; il par. 4 Schedule 2 HRA prevede comunque una deroga in casi urgenti.

La possibilità per le Corti di poter sostanzialmente sottoporre al proprio sindacato le leggi approvate dal Parlamento ha costituito un vero e proprio inedito nella patria della *Parliamentary Sovereignty*⁶⁸ che ha dovuto fare i conti con la

⁶² P. Leyland, *Human Rights Act 1998: riportare i diritti a casa?*, cit., 87.

⁶³ M. Patrono, *La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla Rule of Law allo Human Rights Act del 1998: sulle tracce di un lungo inseguimento*, cit., 28.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁶⁵ *Ivi*.

⁶⁶ P. Leyland, *Human Rights Act 1998: riportare i diritti a casa?*, cit., 87.

⁶⁷ Se la legislazione è stata adottata secondo la procedura dell’*order in Council* il Ministro deve esercitare il suo potere mediante la procedura del *King in Council* (sez.10.5)

⁶⁸ A. V. Dicey, *The introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, ed. 1959.

conciliabilità dei principi contenuti nello *Human Rights Act 1998* con uno dei capisaldi del costituzionalismo britannico, quello appunto della sovranità parlamentare. La dottrina si è, infatti, interrogata sulle implicazioni della legge del 1998 e sulla possibilità “to provide greater protection of human rights without compromising the fundamental constitutional principle”⁶⁹, nel tentativo di ricomporre la tensione – alla ricerca dunque di un compromesso – tra necessità “to entrench human rights” e la “constitutional orthodoxies” della “Dicey’s theory of parliamentary sovereignty”⁷⁰.

Non sono mancate in dottrina le difficoltà nel conciliare i contenuti dello *Human Rights Act 1998* con il principio della sovranità parlamentare, senza mettere in discussione i tratti del *political constitutionalism*. Tuttavia, sebbene per taluni lo *Human Rights Act 1998* abbia rappresentato “an unprecedented transfer of political power from the executive and legislature to the judiciary”⁷¹, volto a sostituire la *political constitution* con la *legal constitution*, vi sono stati coloro che hanno ravvisato la compatibilità dello HRH con la *political constitution*⁷² o coloro che vi hanno addirittura colto una sorta di compromesso tra *political* e *legal constitutionalism*⁷³. Nel dibattito si è anche inserito chi ha individuato proprio nelle previsioni dello *Human Rights Act 1998* sez. 4 e sez. 19 il mantenimento, ma anche il potenziale accrescimento sia del controllo del Parlamento sui diritti, sia della sua sovranità nella definizione e nel riconoscimento degli stessi⁷⁴.

La dichiarazione di incompatibilità prevista dalla sez. 4 ha modo di operare sulla legislazione futura “come fase della procedura di *drafting* al fine di assicurare la conformità dei progetti allo HRA”⁷⁵. L’art. 19 attribuisce infatti al Ministro che presenta un progetto di legge l’onere di fare, prima della seconda lettura, una dichiarazione di compatibilità del progetto con la Convenzione, oppure una dichiarazione con la quale si ammette di non essere grado di farla, pur desiderando tuttavia che il Parlamento proceda.

Questo sostanzialmente sposta l’accento sul ruolo che il Parlamento può esercitare a tutela dei diritti⁷⁶. Infatti, la sez. 19 fa diventare la questione della

⁶⁹ A.L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, cit., 1. Su Parlamenti, Corti e il principio di sovranità parlamentare cfr. anche D. Oliver, *Parliaments and the Courts: A Pragmatic (or Principled) Defence of Parliamentary Sovereignty*, in A. Horne, G. Drewry, D. Oliver (a cura di) in *Parliament and the Law*, Oxford, 2013, 309-338.

⁷⁰ A.L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, cit., 2.

⁷¹ In tal senso K.D. Ewing, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, in *Modern Law Review*, vol. 62, n.1, 1999, 79 ss.

⁷² A.L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, cit.

⁷³ J. L. Hiebert, *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model*, in *Modern Law Review*, vol. 69, n.1, 2006, 7-27.

⁷⁴ In tal senso R. Bellamy, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 1, 2011, 86 ss.

⁷⁵ P. Leyland, *Human Rights Act 1998: riportare i diritti a casa?*, cit., 88.

⁷⁶ Cfr. K. Ewing, *The Parliamentary Protection of Human Rights*, in K. S. Ziegler, D. Baranger, A.W. Bradley (eds), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, 2007, 255.

conformità della legislazione ai diritti umani formalmente una questione che rientra nell'agenda legislativa⁷⁷.

Di qui l'emergere dell'importanza del ruolo della *Joint Committee on Human Rights* che ha contribuito a dare alle previsioni dello *Human Rights Act 1998* una portata reale. Sebbene, infatti, lo *Human Rights Act 1998* abbia conferito alle Corti una grande responsabilità, di contro esso ha anche favorito un rafforzamento del controllo parlamentare sulla legislazione e, di conseguenza, anche sul Governo grazie alla creazione nel gennaio 2001 della *Joint Committee on Human Rights*.⁷⁸

5. La *Joint Committee on Human Rights* e il controllo parlamentare sui diritti umani

2898

La *Joint Committee on Human Rights*⁷⁹ – l'emblema dello “specialized approach in parliamentary human rights work”⁸⁰ – è composta di dodici membri, sei per ogni ramo del Parlamento, nominati dalla Camera dei Comuni e dalla Camera dei Lords.

Premesso che non si tratta in alcun modo di un “adjudicative body” ma di un organismo che “like the Queen it is there to be informed, to encourage and to warn”⁸¹, la Commissione è titolare di numerose funzioni ed è competente per tutte le questioni riguardanti i diritti umani (quelli riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti Umani, dalla common law e dagli obblighi internazionali del Regno Unito). Essa si configura come “a hybrid breed of parliamentary oversight committee”⁸².

⁷⁷ A. Kavanagh, *The Joint Committee on Human Rights: A Hybrid Breed of Constitutional Watchdog*, in M. Hunt, H. J. Hooper, P. Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., 116.

⁷⁸ Sul controllo parlamentare inglese sui diritti umani e la *Joint Committee on Human Rights* v. K.D. Ewing, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, in *Modern Law Review*, vol. 62, n.1, 1999, 79-99; K. Ewing, *The Parliamentary Protection of Human Rights*, in K. S. Ziegler, D. Baranger, A.W. Bradley (eds), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, 2007, 253-269; D. Feldman, *The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process*, in *Statute Law Review*, 25(2), 2004, 91-115; M. C. Tolley, *Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the Joint Committee on Human Rights*, in *Australian Journal of Political Science*, vol. 44, 2009, 19 febbraio 2009, 45-51; A. Kavanagh, *The Joint Committee on Human Rights: A Hybrid Breed of Constitutional Watchdog*, in M. Hunt, H. J. Hooper, P. Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., 115-139; P. Yowell, *The impact of the Joint Committee on Human Rights on Legislative Deliberation*, in M. Hunt, H. J. Hooper, P. Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., 141-163; J. King, *Parliament's Role Following Declaration of Incompatibility under the Human Rights Act*, in M. Hunt, H. J. Hooper, P. Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., 165-192; A. Donald, Ph. Leach, *The role of Parliaments Following Judgments of the European Court of Human Rights*, in M. Hunt, H. J. Hooper, P. Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., 59-91; A. Donald, Ph. Leach (eds), *Parliaments and the European Court of Human Rights*, cit., 232 ss.

⁷⁹ La *Joint Committee on Human Rights* è disciplinata dallo standing order 152B.

⁸⁰ Donald, Ph. Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, cit., 232.

⁸¹ K. Ewing, *The Parliamentary Protection of Human Rights*, cit., 258.

⁸² A. Kavanagh, *The Joint Committee on Human Rights: A Hybrid Breed of Constitutional Watchdog*, cit., 117 ss.

La prima importante funzione⁸³ della JCHR è quella di controllare la compatibilità di ogni progetto di legge del Governo con la *Convenzione Europea dei Diritti Umani*, i diritti fondamentali e le libertà di common law nonché i diritti di libertà riconosciuti da obblighi internazionali. Il controllo sui progetti di leggi si estende alla valutazione dell'effettiva opportunità per il progetto di implementare la protezione dei diritti umani nel Regno Unito. Si tratta dunque di un controllo preventivo molto importante che tuttavia si svolge al di fuori del procedimento legislativo vero e proprio soprattutto attraverso un costante dialogo tra la Commissione e i principali dipartimenti governativi. L'obiettivo della Commissione è quello di riferire tempestivamente sui progetti in modo da informare il Parlamento sui possibili emendamenti da inserire durante l'iter legislativo. La Commissione individua i progetti significativi e, ove possibile, incontrano i funzionari governativi che hanno redatto il progetto per focalizzare l'attenzione sulle questioni rilevanti che emergono dal testo. Dal canto loro i Dipartimenti spesso predispongono un dettagliato *memorandum* sui diritti umani per la Commissione nel quale vengono evidenziate le ragioni per cui il Governo ritiene che tale progetto sia compatibile con gli obblighi del Regno Unito sui diritti umani. La Commissione può richiedere al Governo maggiori chiarimenti anche sui profili giuridici concernenti la posizione del Governo. Essa riferisce al Parlamento in modo costante sugli scambi di opinioni con il Governo ed essa stessa può proporre emendamenti e fare delle raccomandazioni.

L'importanza di questa competenza va naturalmente valutata alla luce dell'effettiva capacità della Commissione di influenzare il dibattito parlamentare nell'ambito del procedimento legislativo.

Non sempre la Commissione è riuscita ad imporre in parlamento le sue vedute su quelle del Governo, tuttavia merita ricordare il caso del *Justice and Security Bill*⁸⁴ del 2013. La vicenda si caratterizzò per le forti critiche che si sollevarono dentro e fuori dal Parlamento sull'iniziativa del Governo nonché sulla "levatura" dell'analisi incisiva e di principio fatta dalla JCHR sulla legislazione, "combined in the manner rarely seen so that JCHR"⁸⁵ che fece da cornice al dibattito in entrambe le Camere e costituì la base per numerosi emendamenti presentati soprattutto dalla Camera dei Lords⁸⁶.

⁸³ K. Ewing, *The Parliamentary Protection of Human Rights*, cit., p. 258. L'autore sottolinea l'accentramento nella *Joint Committee on Human Rights* di funzioni secolari ancora esercitate dal Parlamento inglese, argomentando che i membri del Parlamento continuano a sollevare questioni sui diritti umani attraverso mozioni e attraverso il lavoro di altre *select committees* che continuano a monitorare la legislazione sui diritti umani e la condotta del Governo su questo specifico tema, nonché nell'ambito del question time e dei dibattiti in aula sui progetti di legge governativi.

⁸⁴ Il progetto poi divenuto legge, tra le altre cose, autorizzava l'uso della Closed material procedure (CMP) nei processi civili nei quali erano in discussione informazioni classificate relative alla sicurezza nazionale o ai servizi di intelligence.

⁸⁵ J. Hiebert, *Legislative Rights Review: Addressing the Gap between Ideals and Constraints*, in M. Hunt, H. J. Hooper, P. Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., 53.

⁸⁶ Per una dettagliata ricostruzione della vicenda cfr. *Ibidem*, 53-55.

La Commissione svolge anche un controllo relativo all'attuazione da parte del Governo delle decisioni della Corte di Strasburgo e dell'osservanza agli obblighi del Regno in materia di diritti umani derivanti dagli obblighi internazionali. In questa veste la Commissione ha modo di prendere in considerazione ogni eventuale necessaria modifica della legislazione per la promozione e la protezione dei diritti umani specificando, se necessario, il tipo di modifiche. Il Governo pubblica annualmente un rapporto per la Commissione nel quale espone la sua posizione sulle decisioni di condanna da parte della ECtHR o da parte delle Corti inglesi

La Commissione svolge poi specifici compiti relativi alle procedure previste dallo *Human Right Act*: deve infatti riferire al Parlamento su ogni *remedial order* previsto dalla sezione 10.2 (e Schedule 2) dello *Human Rights Act 1998* con il quale il Ministro può proporre la correzione della violazione dei diritti umani rilevata dalla Corte di Strasburgo o dalle Corti inglesi. In tale ambito la *Joint Committee* deve riferire alle Camere su ogni documento che contenga proposte in tal senso, esprimendo ai sensi dei paragrafi 2 e 3⁸⁷, Schedule 2, HRA, il suo parere sull'adozione di un progetto di *remedial order* prima che il progetto di *order* sia approvato⁸⁸ e può anche segnalare alle Camere ogni altra questione che può sorgere in merito alle proposte di *remedial orders*.

La Commissione deve infine⁸⁹ comunicare alle Camere le proprie raccomandazioni sul rispetto di quanto stabilito al par. 4 Schedule 2 HRA, in relazione agli *original orders* nel caso in cui questi dovessero essere approvati nella versione originaria e non modificata⁹⁰.

La Commissione può richiedere documenti sulle proposte del governo, scrivere al Governo, ascoltare il Ministro, e ascoltare testimonianze su particolari questioni. Da parte sua il Governo risponde alle domande della Commissione e redige annualmente un Rapporto.

Tra le competenze che sono riconosciute alla Commissione vi è anche quella di condurre inchieste con ampia libertà di deciderne l'oggetto. Essa, inoltre, è molto attiva nell'incoraggiare gli scambi con la società civile sul tema dei diritti umani.

⁸⁷ Par. 3, Schedule 2, HRH.

⁸⁸ Standing Order 152B, (3).

⁸⁹ Par. 4, Schedule 2, HRA.

⁹⁰ Dal punto di vista procedurale la *Joint Committee on Human Rights* ha predisposto nel 2010 una *Guidance for Departments on Responding to Court Judgments on Human Rights* per ricevere dal Governo una risposta "rapida e completa" alle decisioni riguardanti le leggi inglesi e questo nella prospettiva di allineare il quadro giuridico inglese agli standard sui diritti umani. Sono stati così stabiliti i termini entro i quali la Commissione deve essere informata dal Governo sulle decisioni delle Corti e sulle determinazioni che il Governo intende in merito adottare. Il Governo ha l'obbligo di motivare ogni eventuale slittamento. Nello specifico, entro quattro mesi, dalle decisioni delle Corti la Commissione deve essere informata dal Governo in modo dettagliato (e anche in termini temporali) sul seguito che egli intende dare alle decisioni contro il Regno Unito. La Commissione controlla le ragioni addotte dal Governo sul non rispetto dei tempi.

Con riferimento alla prassi, sin dalla sua istituzione la Commissione ha interpretato il proprio mandato in maniera estensiva⁹¹ includendovi appunto il controllo preventivo della legislazione, le inchieste su diversi temi, e il controllo sulla conformità dei progetti governativi agli obblighi internazionali.⁹² In questi anni, la Commissione ha lavorato a ritmo, incessante predisponendo molti importanti Rapporti e studi di settore e conducendo anche numerose inchieste su temi sensibili. Il giudizio sull'impatto del lavoro svolto rimane tuttavia in chiaroscuro. Soprattutto nei primi anni, c'era stato chi aveva sottolineato non solo il carattere "integral, informal and inconclusive"⁹³ ma anche la sua *ineffectiveness* dal momento che il controllo parlamentare non sembrava aver avuto un particolare impatto sulla politica governativa. Nel 2007, la dottrina rilevava come paradossalmente proprio nell'era dello HRA si era assistito ad un'accelerazione del ritmo di erosione dei diritti umani e ad un aumento del potere dello Stato sugli individui.⁹⁴ L'esperienza della JCHR aveva fatto sorgere varie questioni sull'effettività del controllo. Tra queste vi era quella relativa all'estensione di tale protezione e alla necessità di integrare meglio questo tipo di controllo nell'ambito del procedimento legislativo, anche in relazione ai procedimenti legislativi delle entità devolute⁹⁵.

2901

La dottrina, infatti, non aveva mancato di sottolineare l'evidente divaricazione tra il ruolo assegnato alla JCHR e le procedure parlamentari che portano all'approvazione del progetto di legge con il verificarsi di una marcata contraddizione: mentre infatti spetta alla Commissione esprimersi, sottoponendo il suo giudizio alle Camere sullo "statement"⁹⁶ di compatibilità o meno del progetto alla Convenzione dei diritti, sono comunque le due Camere a decidere, senza vincoli, di accogliere la posizione della JCHR o quella del Governo.

Di contro, occorre tuttavia sottolineare che nel tempo la JCHR e più in generale lo *Human Rights Act 1998* sono riusciti gradualmente a far maturare una maggiore cultura del rispetto e della protezione dei diritti umani da parte degli organi dello Stato. Così se in anni passati non sorprende la situazione paradossale per cui i Governi talvolta preferivano incorrere nella pronuncia delle Corti e correggere successivamente la legislazione piuttosto che intervenire nella fase precedente dell'approvazione della legislazione stessa – come nel caso della legge anti-terrorismo, *Crime and Security Act 2001*, modificata velocemente dal

⁹¹ Una valutazione sull'ampiezza del lavoro portato avanti dalla Commissione attraverso la lettura dei suoi rapporti annuali. Cfr. in tal senso i numerosi *Reports* JCHR dal 2001 sul sito del Parlamento inglese: <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-archive/joint-committee-on-human-rights/>.

⁹² Sulla prassi dell'attività della Commissione cfr. A. Donald, Ph. Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, cit., p. 233 ss.

⁹³ K. Ewing, *The Parliamentary Protection of Human Rights*, cit., 261.

⁹⁴ *Ibidem*, 262.

⁹⁵ Come ad esempio in Scozia, dove, pur non essendoci una commissione *ad hoc* vi è un obbligo formale da parte del Presidente dell'Assemblea di determinare se il progetto è coerente con gli obblighi sui diritti umani e dove, quindi, i diritti umani sono parte integrante del normale processo di controllo dei progetti.

⁹⁶ Che deve essere presentato al momento dell'introduzione del progetto in Parlamento e che, in caso di progetti governativi, spetta al Ministro competente.

Governo dopo la pronuncia della Camera dei Lords – oggi tale situazione appare migliorata. Da un lato, infatti, si è sviluppata nel corso del tempo una sempre più intensa collaborazione tra Commissione e Governo: quest'ultimo, infatti, si impegna a rispondere a tutti i rilievi sollevati dalla Commissione. Dall'altro, i dati mostrano come negli ultimi venti anni dall'approvazione dello *Human Rights Act 1998* sono fortemente diminuite le violazioni ai diritti umani da parte del Regno Unito rilevate dalla Corte di Strasburgo. Come si legge nel Rapporto redatto dalla *Joint Committee on Human Rights* che ha raccolto una serie di dati di altre fonti⁹⁷ nel 2017 solo lo 0,2% delle pronunce della Corte di Strasburgo hanno riguardato il Regno Unito, contro addirittura il 6,8% nel 1999⁹⁸.

6. Conclusioni

Se negli ultimi anni si è assistito ad un sostanziale “*mainstreaming*” delle questioni relative ai diritti umani in tutti numerosi Parlamenti e alla definizione di un ruolo maggiormente proattivo delle istituzioni parlamentari in tale ambito, non sempre l'esistenza di specifiche procedure o commissioni *ad hoc* ha significato una maggiore attenzione e forza del Parlamento alle questioni inerenti.⁹⁹ Non sempre infatti vi è una diretta corrispondenza tra tipo di controllo, impatto ed effettività dello stesso. Questo è dimostrato dal fatto che spesso Paesi caratterizzati da un tipo di controllo “*cross-cutting*” come l'Olanda o “*hybrid*” con la Germania mantengono un livello di attenzione e di effettività del controllo maggiore di altri Paesi in cui vi sono organi dedicati.

Il caso della *Joint Committee on Human Rights* inglese è significativo. Nonostante l'indubbia importanza del ruolo svolto da quest'ultima non sono mancati i limiti che hanno talvolta ridotto l'impatto delle sue pronunce anche se complessivamente i dati dimostrano positive ricadute dello *Human Rights Act 1998* (ma anche della JCHR) rispetto al passato in tema di protezione dei diritti, a conferma dell'importanza del coinvolgimento di tutti gli organi dello Stato nella protezione dei diritti.

In tale coinvolgimento di tutti i poteri dello Stato, i Parlamenti svolgono un ruolo “primario” nel condividere la responsabilità in tema di protezione dei diritti umani e nel “fissare” nelle leggi nazionali i diritti e le libertà riconosciute dai trattati internazionali per garantire a livello nazionale l'effettività di rimedi alle loro possibili violazioni¹⁰⁰. Il cammino intrapreso va dunque approfondito attraverso opportune riforme che contribuiscano a rafforzare la cultura dei diritti umani all'interno delle assemblee parlamentari e a creare importanti basi per un maggiore

⁹⁷ Rt Hon Harriet Harman MP, *Twenty years of the Human Rights Act: Extracts from the evidence*, 9 novembre 2018.

⁹⁸ I dati mostrano una decrescita quasi costante della percentuale di pronunce contro il Regno Unito da parte della Corte di Strasburgo. Esse sono state dello 0,7% del 2016 contro il 2,6% del 2004, il 2,8% del 2003, il 3,6% del 2002, 2,1% nel 2001, 2,3% nel 2000.

⁹⁹ D. Feldman, *Law and Human Rights: Politics as Challenge and Opportunity*, in M. Hunt, H. J. Hooper, P. Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democracy Deficit*, cit., 95-113.

¹⁰⁰ A. Donald, Ph. Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, cit., 88.

ed effettivo raccordo tra Parlamenti e Governi e Corti nella definizione di politiche condivise di protezione dei diritti umani.

In tale cornice integrata Parlamenti e Corti non sono e non devono essere visti come antagonisti ma come attori fondamentali di uno Stato che, come è stato sottolineato in dottrina, «sia a un tempo “legislativo e giurisdizionale”, nel quale si abbia una legislazione forte accanto a una giurisdizione parimenti forte, idonee a darsi sostegno ed alimento a vicenda»¹⁰¹ in una dinamica circolare in cui Parlamenti e Corti si corrispondano.

¹⁰¹ A. Ruggeri, *Crisi della rappresentanza politica e “Stato giurisdizionale” (nota minima su un’annosa e irrisolta questione)*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2018, 28 novembre 2018, 16.

Il Parlamento come specchio: la rappresentanza parlamentare delle minoranze religiose nel diritto comparato

di Maria Chiara Locchi

Abstract: Parliament as a mirror: political representation of religious minorities in comparative perspective – In countries marked by a strong ethnic, linguistic, cultural and religious pluralism political representation proves to be highly problematic. One of the most contested issue, in particular, is the opportunity for parliaments to reflect the different social groups in similar proportions to those that exist in the wider population (so called descriptive representation or “mirror representation”). Comparative literature on minorities rights has mainly focused on political representation of ethnic and linguistic minorities, while less attention has been paid to religious minorities. The article aims to address the topic of guaranteed representation of religious groups by analysing specific institutional formulas and taking into account its most relevant theoretical implications.

2905

Keywords: Descriptive representation; Pluralism; Religious minorities; Minority quotas; Consociational democracy.

1. La rappresentanza politica pluralista nel diritto comparato

Uno dei principali nodi problematici connessi alla rappresentanza politica in contesti caratterizzati da un forte pluralismo etnico, linguistico, culturale e religioso è costituito dalla opportunità di promuovere, o addirittura garantire, un rispecchiamento delle diverse componenti della società nel Parlamento. La letteratura scientifica sui diritti dei gruppi e delle minoranze ha da sempre dedicato ampio spazio al profilo della rappresentanza politica, tanto da una prospettiva giuscomparatistica (e quindi con riferimento ai diversi modelli di trattamento giuridico delle differenze¹) quanto nel contesto del dibattito tra scienziati e teorici della politica (con particolare riferimento alla contrapposizione tra un’opzione “accomodazionista” e un’opzione “integrazionista” rispetto alla gestione della

¹ Cfr. R. Toniatti, *Minorities and protected minorities: constitutional models compared*, in T. Bonazzi, M. Dunne (Eds), *Citizenship and rights in multicultural societies*, Edinburgh, 1996; C. Casonato, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 1998; F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Milano, 2011, 51 ss.; U. Haider Quercia, *La rappresentanza elettorale delle minoranze nazionali in Europa*, Milano, 2013; T.H. Malloy, F. Palermo (Eds), *Minority Accommodation through Territorial and Non-territorial Autonomy*, New York, 2015.

diversità etnica, linguistica, culturale e religiosa²). Il tema è molto ampio e si presta ad essere indagato da molteplici punti di osservazione, a seconda, ad esempio, della nozione di “minoranza” a cui si fa riferimento e della varietà delle esperienze politico-costituzionali considerate in rapporto al carattere democratico della forma di Stato.

Rispetto al primo punto, è ben nota la difficoltà di giungere ad una definizione giuridica condivisa di “minoranza”, tanto sul piano degli strumenti giuridici internazionali quanto nel contesto delle riflessioni accademiche³. Quel che è certo è che gli studi che hanno approfondito le diverse forme di rappresentanza politica delle minoranze si sono concentrati prevalentemente sulle minoranze etniche e linguistiche, mentre le minoranze religiose hanno ricevuto minore attenzione. L'impatto del pluralismo religioso sul diritto – e in particolare, per quel che qui interessa, sulle condizioni e le forme di accesso alla rappresentanza politica negli organismi parlamentari – costituisce, d'altra parte, un fenomeno con una sua rilevanza specifica e significative implicazioni, tanto sul piano teorico quanto su quello, giuscomparatistico, relativo alla forma di Stato.

Rispetto al secondo punto, la questione assume indubbiamente connotati differenti in ragione della varietà dei sistemi politico-costituzionali considerati. Il nesso tra appartenenza religiosa e rappresentanza politica costituisce un tema di crescente interesse anche nei paesi occidentali di immigrazione, nei quali il pluralismo etnico, culturale e religioso è ormai un dato rilevante in grado di incidere sul carattere e sulla qualità delle istituzioni democratiche⁴. D'altra parte, le problematiche da indagare si configurano in modo significativamente diverso nelle c.d. *divided*

² Cfr. J. McGarry, B. O'Leary, R. Simeon, *Integration or accomodation? The enduring debate in conflict regulation*, in S. Choudry (Ed), *Constitutional Design for Divided Societies*, Oxford-New York, 2008, 41 ss.

³ Da un lato, infatti, la nozione di minoranza appare sfuggente e potenzialmente “infinita”, nella misura in cui risulta irrimediabilmente legata ai profili di differenziazione dal gruppo maggioritario che si intendono valorizzare; dall'altro lato, è opportuno sottolineare l'arbitrarietà insita nel distinguere tra gruppi meritevoli di una speciale protezione in quanto “minoranze” (es. minoranze nazionali autoctone, minoranze etniche, minoranze linguistiche) e gruppi che risultano invece esclusi da queste specifiche forme di tutela (es. migranti in quanto portatori di una diversa appartenenza culturale e/o religiosa), cfr. E. Palici di Suni, *Intorno alle minoranze*, Torino, 2002, 5, e F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 14 ss. Una definizione particolarmente autorevole di “minoranza” è quella fornita nel 1977 da F. Capotorti nella sua qualità di *Special Rapporteur* della Sottocommissione delle Nazioni Unite per la protezione delle minoranze: è considerabile “minoranza” quel gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione e in posizione non dominante, i cui membri siano cittadini dello Stato, possiedano caratteristiche etniche, culturali, linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione, e dimostrino un senso di solidarietà e di identità inteso a preservare le loro caratteristiche specifiche.

⁴ Sulle ambiguità e i veri e propri rischi connessi al carattere potenzialmente settario e anti-democratico delle identità ascrivite nei sistemi politici occidentali cfr. M. Nadim, *Ascribed representation: ethnic and religious minorities in the mediated public sphere*, in A. H. Midtbøen, K. Steer-Johnsen, K. Thorbjørnsrud (Eds), *Boundary Struggles: Contestations of Free Speech in The Norwegian Public Sphere*, Oslo, 2017, 230. Le minoranze che riescono a partecipare al dibattito pubblico e politico (ad es. avendo accesso ai mezzi di comunicazione) sperimentano spesso un processo di “etnicizzazione”, nel senso che gli individui finiscono per essere inclusi e “fissati” in un'identità etnica e religiosa, con la conseguenza che questo aspetto della loro identità finisce per determinare il modo in cui gli stessi vengono rappresentati e quali argomenti possono affrontare.

societies, nelle quali, cioè, le diversità etniche, linguistiche, religiose o culturali sono “politicamente salienti” nella misura in cui si presentano come «*persistent markers of political identity as well as bases for political mobilization*»⁵.

Il contributo di un approccio comparatistico che spinga lo sguardo oltre l'Occidente, in effetti, si rivela prezioso per stimolare riflessioni critiche a partire dalla complessità di teorizzazioni e soluzioni costituzionali alternative all'“universalismo omogeneizzante” e all'“atomismo sociale” del costituzionalismo occidentale di matrice liberale⁶. È lo stesso principio di rappresentanza politica “unitaria” di matrice liberale ad essere sottoposto ad un vaglio critico – un'idea di rappresentanza le cui origini rivoluzionarie mettono al centro, quale elemento primario e fondante, la “nazione” in quanto insieme di “tutti” i soggetti uguali grazie all'abbattimento degli *status* e delle affiliazioni particolaristiche ai molteplici corpi intermedi che avevano contrassegnato l'antico regime⁷. La “funzione sovversiva” del diritto comparato, sotto questo aspetto, sembra realizzarsi nel disvelamento del carattere mitologico di questa pretesa riduzione della società in “purezza di linee”⁸.

2907

2. La rappresentanza politica garantita delle minoranze religiose: gli strumenti giuridici

La rappresentanza politica garantita delle minoranze, in quanto meccanismo di tutela del più ampio diritto dei gruppi minoritari alla partecipazione effettiva alla vita pubblica, è caratteristica degli ordinamenti «promozionali», nei quali, cioè, esistono un gruppo nazionale dominante e uno o più gruppi minoritari ai quali vengono riconosciuti, con modalità differenziate nelle diverse esperienze nazionali, tanto diritti particolari ad esercizio collettivo quanto diritti di autogoverno⁹.

Sono diversi gli strumenti utilizzabili al fine di tutelare e promuovere la partecipazione politica delle minoranze: oltre ai principi riconducibili al federalismo e al regionalismo¹⁰, vengono in rilievo le diverse tipologie di “strumenti elettorali”, e cioè gli stessi sistemi elettorali¹¹, i collegi elettorali

⁵ Cfr. S. Choudry, *Constitutionalism in divided societies*, in *International Journal of Constitutional Law*, 4, 2007, 573.

⁶ Cfr. A. Thio, *Constitutionalism in Illiberal Politics*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (Eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 47-48.

⁷ Sulla rappresentanza politica, oltre ai riferimenti bibliografici indicati *infra* nell'articolo, cfr. D. Fisichella (ed.), *La rappresentanza politica*, Milano, 1983; F. Cassella, *Profili costituzionali della rappresentanza: percorsi storici e comparatistici*, Napoli, 1997; P. Brunet, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris-Bruxelles-Rouen, 2004; F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, 2006; I. Shapiro, S.C. Stokes, E.J. Wood, A.S. Kirschner (Eds), *Political Representation*, Cambridge-New York, 2009; P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011.

⁸ Cfr. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 137-138, a proposito della «riduzione della vecchia complessità socio-politico-giuridica in una struttura semplice, il più possibile semplice, con una identificazione frettolosa della complessità in caotico disordine e della semplicità in linearità ed essenzialità».

⁹ Cfr. F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 51 ss.

¹⁰ L'efficacia degli strumenti di partecipazione delle minoranze alla cosa pubblica legati all'assetto federale e regionale dipende dalla concentrazione geografica e dalla omogeneità politica del gruppo minoritario.

¹¹ In relazione all'ambito più propriamente elettorale, i sistemi proporzionali sono di per sé considerati preferibili in vista della garanzia della rappresentanza politica delle minoranze, con

separati¹² e la garanzia di seggi riservati negli organismi parlamentari, esecutivi e giurisdizionali. Questi ultimi, in particolare, esprimono una concezione “descrittiva” della rappresentanza¹³, qualificabile anche come rappresentanza-specchio, tale per cui l’organo rappresentativo dovrebbe riflettere proporzionalmente l’articolazione dei diversi gruppi presenti nella società. Un altro fattore in grado di incidere sulla partecipazione politica delle minoranze è legato alla disciplina giuridica dei partiti politici, nella misura in cui divieti o restrizioni che colpiscono partiti ad orientamento religioso che siano espressione di determinate minoranze religiose hanno l’effetto di limitare l’accesso alla rappresentanza politica, a tutela della maggioranza e a discapito delle minoranze¹⁴. La rappresentanza politica garantita delle minoranze si presenta dunque come uno strumento incisivo, in grado di garantire giuridicamente un risultato in termini di rappresentanza preferenziale. Sebbene le esperienze più numerose e consolidate siano quelle di rappresentanza garantita delle minoranze etniche e linguistiche¹⁵, non mancano casi di riserve di seggi parlamentari su base religiosa.

Riserve di seggi a favore di gruppi religiosi sono previste, ad esempio, in diversi paesi aderenti all’Organizzazione della cooperazione islamica, come l’Egitto (per

la possibile, ulteriore, previsione di regole differenziali a favore delle minoranze quali, ad es., la deroga alla soglia di sbarramento eventualmente prevista. Nei sistemi elettorali maggioritari il principale strumento di garanzia della rappresentanza politica delle minoranze è il ritaglio “orientato” delle circoscrizioni elettorali, cd. *gerrymandering*, che può essere ovviamente utilizzato anche nell’ottica di un’esclusione o di un ridimensionamento del peso politico della minoranza. Nell’ambito dei sistemi maggioritari il cd. “voto cumulativo” – consente all’elettore di esprimere una pluralità di voti, fino al numero totale dei seggi da assegnare – può favorire la rappresentanza della minoranza, nella misura in cui gli elettori possono, appunto, cumulare tutti i propri voti a del candidato di minoranza. Sugli strumenti elettorali a tutela della partecipazione politica delle minoranze cfr. A. Reynolds, *Electoral systems and the protection and participation of minorities*, Minority Rights Group International, 2006, www.minorityrights.org.

¹² In un sistema a collegi elettorali separati il collegio elettorale è definito secondo il parametro dell’appartenenza etnica, sociale o religiosa, a differenza di quanto accade con i collegi elettorali misti. Questo comporta che – in presenza di seggi parlamentari riservati a determinati gruppi minoritari – in un sistema a collegi separati il rappresentante del gruppo minoritario potrà essere votato esclusivamente dai membri di quella minoranza, mentre nei collegi misti tutti gli elettori, indipendentemente dall’appartenenza al gruppo minoritario, potranno eleggere il parlamentare che andrà a occupare il seggio riservato.

¹³ Cfr. H. Pitkin, *The concept of representation*, Berkeley-Los Angeles, 1967, che l’ha opposta a quella di *substantive representation*, che fa invece riferimento all’effettiva capacità di incidenza delle minoranze sul processo politico. Mentre la rappresentanza descrittiva può servire come meccanismo per ottenere una rappresentanza sostanziale, quest’ultima può essere raggiunta anche senza la prima.

¹⁴ Sulla disciplina giuridica dei partiti a orientamento religioso sia consentito il rinvio a M.C. Locchi, *La disciplina giuridica dei partiti a orientamento religioso*, Torino, Giappichelli, 2018.

¹⁵ Cfr. D. Ruedin, *Ethnic Group Representation: A Cross-National Comparison*, in *The Journal of Legislative Studies*, 4, 2009, 335-354, la quale ha rilevato che nel 2006, a livello globale, il 75 per cento dei parlamenti liberamente eletti avevano almeno un membro di una minoranza etnica; in molti paesi, inoltre, la quota di rappresentanti di minoranze etniche è “relativamente alta”. In Europa le esperienze di rappresentanza politica garantita delle minoranze a livello parlamentare sono ad es. quelle di Slovenia, Croazia, Bosnia ed Erzegovina, Romania, Danimarca, Finlandia, Belgio. Quote riservate per minoranze etniche sono previste anche in Asia (Afghanistan, Cina, Fiji, India, Giordania, Libano, Iraq, Singapore, Taiwan), Africa (Burundi, Etiopia, Niger), America Latina (Colombia, Venezuela), nonché in Nuova Zelanda.

la minoranza cristiana copta), la Giordania (9 seggi ai cristiani, 3 ai circassi e 6 ai beduini), l'Iran (5 seggi a zoroastriani, cristiani ed ebrei), l'Iraq (5 seggi per la minoranza cristiana)¹⁶, il Libano (128 seggi equamente distribuiti tra cristiani e musulmani), la Palestina (a favore delle minoranze cristiane: greci ortodossi, armeni, cattolici, copti, maroniti, melchiti, giacobiti, siriaci) e il Pakistan (10 seggi alle minoranze non musulmane). Esiste una rappresentanza politica garantita su base religiosa anche in Bhutan (10 seggi a monaci buddisti) e in Tibet (con la riserva di seggi, nel parlamento tibetano in esilio, a favore della comunità Bön e delle quattro sette del buddismo tibetano).

Pur nella consapevolezza dell'eterogeneità, sul piano storico e culturale, delle esperienze costituzionali richiamate, il riferimento, per quanto sintetico, ai caratteri della rappresentanza politica garantita delle minoranze in alcuni ordinamenti particolarmente significativi sotto il profilo della tensione tra pluralismo delle identità, pervasività del fattore religioso e unità dello Stato può essere utile a delineare possibili percorsi di analisi comparativa e a illuminare alcuni nodi teorici rilevanti.

I due casi di Libano e Iran, entrambi caratterizzati dalla previsione di meccanismi di rappresentanza politica garantita di determinate confessioni religiose ma profondamente diversi sul piano dell'organizzazione costituzionale e del rapporto tra Stato e religione, risultano particolarmente interessanti anche alla luce della comune tematizzazione, sulla base del diritto islamico classico, della condizione di "straniero" in quanto non musulmano abitante in territorio islamico¹⁷. In diversi

¹⁶ Sull'esperienza irachena cfr. H. A. Hamoudi, *Religious Minorities and Shari'a in Iraqi Courts*, in *Boston University International Law Journal*, 31, 2013, 387 ss. Nel 2010, con la sent. n. 6, la Corte suprema federale irachena ha affrontato la legittimità della previsione legislativa dei 5 seggi riservati per le minoranze cristiane, contestata da un ricorrente appartenente alla minoranza non musulmana dei Sabei per violazione dell'art. 14 Cost. (principio di uguaglianza). Mentre i 5 rappresentanti cristiani venivano eletti sulla base dei voti ottenuti nell'intero territorio iracheno, che costituisce un unico collegio "misto" (ovvero non definito sulla base dell'appartenenza etnica o religiosa), il rappresentante sabeo poteva candidarsi soltanto nel distretto elettorale di Baghdad, con la conseguente esclusione deiabei che vivono fuori da Baghdad dall'elettorato tanto attivo quanto passivo. Se la Corte, in merito al profilo della discriminazione tra cittadini iracheni sulla base dell'appartenenza religiosa, ha accolto il ricorso, dichiarando quella previsione della legge elettorale contraria all'art. 14 Cost., l'aspetto della sentenza da rimarcare in questa sede è la sostanziale accettazione dell'istituto della riserva di seggi parlamentari a favore delle minoranze religiose, che non viene qualificato come "reverse discrimination" e, quindi, considerato contrario al dettato costituzionale.

¹⁷ Il riferimento, in particolare, è all'istituto giuridico della *dhimma*, un patto concesso dalla *umma* senza limitazioni di tempo grazie al quale cristiani ed ebrei (in quanto "genti del libro", ovvero seguaci delle religioni monoteistiche diverse dall'Islam) potevano godere di una certa protezione approdando al rango di *dhimmi*. Un caso particolare di *dhimma* si è avuto nell'Impero ottomano con l'istituzione della *millet*: il termine indica una comunità religiosa, di solito di fede cristiana o ebraica, alla quale venivano riconosciuti diritti e libertà perpetui in campo culturale, religioso e anche, in parte, economico. Il suddito ottomano – indipendentemente dalla sua fede religiosa – era parte del grande Impero, proiettandosi però, da un lato, in una dimensione universale rappresentata dalla *umma* musulmana o dalla *millet* non musulmana e mantenendo, dall'altro, un senso di appartenenza alle proprie peculiarità etniche, linguistiche e sociali. Sui caratteri della *dhimma* nell'esperienza storica del Libano e dell'Iran cfr., rispettivamente, A. N. Longva, *From the dhimma to the capitulations: memory and experience of protection in Lebanon*, in A. N. Longva-A. S. Roald (eds.), *Religious Minorities in the Middle East. Domination, Self-Empowerment, Accommodation*, Leiden-Boston, 2012, 47 ss., e L.

paesi del Medio Oriente, infatti, la costituzionalizzazione di un modello di rappresentanza comunitaria (su base etnica o confessionale) è avvenuta all'insegna del recupero di istituzioni sociali e politiche risalenti nel tempo, tipiche di assetti istituzionali precedenti alla penetrazione della forma di Stato-nazione di stampo occidentale e in alcuni casi in polemica con l'"unanimismo" delle autocrazie nazionaliste arabe¹⁸.

L'esperienza della democrazia consensuale libanese si radica a partire da un sistema consociativo che ha il suo referente politico primario nel c.d. "Patto nazionale" non scritto del 1943¹⁹; i caratteri peculiari di questo sistema sono riscontrabili nell'equa rappresentazione delle comunità cristiane e musulmane presso gli organi di governo, nella rappresentanza parlamentare garantita delle comunità più importanti, nella previsione di veti reciproci, a tutela dell'equilibrio nei rapporti tra le comunità, nel riconoscimento di un'ampia autonomia alle comunità in relazione allo statuto personale e alla sfera educativa²⁰. In tema di rappresentanza politica in seno all'organo legislativo, l'art. 24 Cost. prevede una rappresentanza paritaria di cristiani e musulmani (64 seggi per ciascuna comunità); all'interno delle due comunità i seggi sono poi ripartiti proporzionalmente alla consistenza numerica dei diversi gruppi religiosi riconosciuti²¹. Nel giugno 2017, dopo mesi di accesi dibattiti e scontri politici, è stata approvata la nuova legge elettorale, che ha diviso il paese in 15 distretti elettorali (suddivisi a loro volta in 27 sub-distretti) su base confessionale e introdotto un sistema elettorale di tipo proporzionale²².

2910

D. Loeb, *Dhimmi Status and Jewish Roles in Iranian Society*, in S. Deshen, W. P. Zenner (eds.), *Jews and Muslims. Communities in the Precolonial Middle East*, London, 1996, 247-260.

¹⁸ Cfr. E. Picard, *Conclusion. Nation-building and minority rights in the Middle East*, in A. N. Longva, A. S. Roald (Eds.), *Religious Minorities*, cit., 328 ss.

¹⁹ Il compromesso politico-confessionale intercomunitario raggiunto nel 1943 tra cristiani maroniti e musulmani sunniti ha delineato, tra l'altro, un assetto istituzionale basato sull'attribuzione delle più alte cariche dello Stato alle diverse comunità confessionali; in particolare, la ripartizione prevede che il Presidente della Repubblica sia cristiano maronita, il Presidente della Camera dei deputati un musulmano sciita e il Primo Ministro un musulmano sunnita.

²⁰ Cfr. E. Mistretta, *La convivenza tra diverse comunità religiose: il caso del Libano*, in F. Bilancia, F. M. Di Sciullo, F. Rimoli (a cura di), *Paura dell'Altro. Identità occidentale e cittadinanza*, Roma, 2008, 309 ss.

²¹ Nell'ambito delle comunità cristiane sono riconosciuti i maroniti, i greci-ortodossi, i greci-cattolici melchiti, gli armeni apostolici, gli armeni cattolici, i siriani ortodossi, i siriani cattolici, gli assiri, i caldei, i copti ortodossi, i latini e i protestanti; i gruppi musulmani ufficialmente riconosciuti sono invece gli sciiti, i sunniti, i drusi, gli ismaeliti e gli alauiti. Alla comunità ebraica, pur ufficialmente riconosciuta, non è riconosciuto un autonomo seggio riservato all'Assemblea nazionale.

²² Nonostante la legge del 2017 sia, in via generale, conforme agli standard internazionali in tema di elezioni democratiche, non sono mancate analisi critiche volte a segnalare, ad esempio, come il nuovo sistema elettorale, di tipo proporzionale, abbia disciplinato il voto di preferenza in modo tale da renderlo "imprevedibile", finendo per produrre disuguaglianze nel peso dei voti a causa delle fluttuazioni, da un distretto ad un altro, del numero di voti necessari ad ottenere il seggio, cfr. Democracy Reporting International, LADE (Lebanese Association for Democratic Elections), *Assessment of the Lebanese Electoral Framework. Election of the Members of the Parliament Law No. 44 published on 17 June 2017*, Beirut, December 2017, 8.

Anche nell'ordinamento costituzionale iraniano, come già ricordato, sono garantiti dei seggi parlamentari riservati a favore delle minoranze religiose riconosciute (zoroastriani, ebrei, assiri, cristiani caldei e armeni – ex art. 64 Cost.). Nel contesto della «teocrazia costituzionale» iraniana²³, tuttavia, gli strumenti di tutela delle minoranze non musulmane, pur costituzionalmente sanciti, non consentono un'effettiva inclusione di tali componenti della popolazione nella comunità politica: ai sensi dell'art. 115 Cost., infatti, è precluso ad un membro di una minoranza religiosa di candidarsi alla Presidenza della Repubblica; sono inoltre previste restrizioni penetranti con riguardo alla partecipazione politica delle minoranze religiose per mezzo dei partiti politici²⁴.

Se, da un lato, la formale adozione di meccanismi di rappresentanza politica garantita delle minoranze religiose costituisce dunque un indicatore del carattere “promozionale” di un dato ordinamento rispetto alla gestione della diversità a livello istituzionale, essa non è di per sé sufficiente a dimostrare l'effettiva apertura dello Stato al pluralismo e il sostanziale rispecchiamento delle diversità da parte dell'organo parlamentare (e, eventualmente, degli altri organi costituzionali). Le formulazioni, costituzionali e legislative, nonché la loro concreta applicazione restituiscono infatti un quadro decisamente eterogeneo, nel quale è necessario considerare il carattere democratico, non democratico o “variamente” democratico della forma di Stato e il ruolo della religione e della tradizione rispetto alla politica e al diritto²⁵.

Nel caso del modello consociativo libanese, ad esempio, nonostante le criticità legate all'essenzialismo dell'iscrizione su base confessionale e al rischio di

²³ Per il riferimento all'Iran come “*constitutional theocracy*” cfr. R. Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Cambridge-London, 2010. L'art. 2 della Cost. iraniana sancisce espressamente la fondazione dello Stato sulla base della religione islamica: «*The Islamic Republic is a system based on the faith in: 1. one God (“There is no god but God”), the exclusive attribution of sovereignty and the legislation of law to Him, and the necessity of surrender to His commands; 2. divine inspiration and its foundational role in the articulation of the laws; 3. resurrection and its constructive role in explanation of laws; 4. the justice of God in creation and legislation; 5. belief in the Imams (imamat), continuous leadership, and its fundamental role in the continuity of the Islamic Revolution; [...]*».

²⁴ Sebbene la legge iraniana “sulle attività delle organizzazioni e dei partiti politici e professionali, delle associazioni islamiche e delle minoranze religiose riconosciute”, approvata nel 1981, consenta astrattamente la creazione di partiti espressione delle minoranze religiose riconosciute, la prassi è infatti caratterizzata da ritardi e resistenze nel rilascio delle necessarie autorizzazioni. Si consideri inoltre che sono illegittimi i partiti politici che si propongono di rappresentare gli interessi delle minoranze religiose non riconosciute, come quella *Bahá'í*.

²⁵ Nei paesi islamici, ad esempio, l'Islam può essere espressamente identificato come religione ufficiale dello Stato e la legge islamica ricoprire una posizione di primazia nel sistema delle fonti: in questo caso, si tratterà quindi di capire l'effettiva capacità di incidenza degli specifici strumenti di rappresentanza delle minoranze religiose ordinamenti costituzionali. Infatti, «*if Islam is a foundational source of legislation, could a Christian serve in the legislature and be tasked with voting to enact law that at least in theory claims Islam as source material? Would the historic treatment of religious minorities in an Islamic polity be at all relevant to answering the previous question, given the requirement that law conform to Islam's “settled rulings”? If the state has the obligation to sustain Islam as a source of identity for its Muslim citizens, does this mean that conversion from Islam is to be prohibited, consistent with historically dominant understandings of Islamic sacred text? What is left of the freedom of belief if so? What are we to understand as Islam's settled rulings if not?*», cfr. H. A. Hamoudi, *Religious Minorities*, cit., 398.

fomentare la conflittualità inter-comunitaria²⁶, si può ragionevolmente ritenere che il complesso di meccanismi di rappresentanza garantita dei gruppi confessionali abbia favorito il pluralismo partitico, l'alternanza e la rappresentanza delle differenze presso gli organi elettivi e, in ultima analisi, il consolidamento delle istituzioni democratiche²⁷. In Iran, al contrario, il collegamento, formalmente sancito, tra le autorità politiche dello Stato e l'autorità divina si risolve in un "universalismo teocratico" nel quale il coinvolgimento e la stessa protezione delle minoranze religiose nel circuito politico-elettorale finiscono per rappresentare una forma di informazione e controllo, da parte delle autorità dello Stato islamico, rispetto alle attività dei gruppi non islamici²⁸, pur considerando la «vitalità non comune» delle dinamiche partitiche e parlamentari iraniane nel contesto politico e istituzionale dei paesi islamici mediorientali²⁹.

3. La rappresentanza politica delle minoranze religiose: alcune implicazioni teoriche

Le implicazioni teoriche della rappresentanza politica delle minoranze religiose si articolano su più fronti, riguardanti, pur in uno sforzo di semplificazione, i caratteri e la funzione della stessa rappresentanza politica, il modello di democrazia più consono alle società fortemente frammentate sul piano etnico o religioso e, infine, le condizioni di utilizzabilità di argomenti religiosi a livello politico ed elettorale nel contesto degli Stati liberal-democratici.

In relazione alla rappresentanza politica, ad essere sollecitato è uno dei principali nodi problematici del costituzionalismo fin dalle sue origini liberali, ovvero il rapporto tra l'idea di "rappresentanza politica" e le molteplici forme di appartenenza e identificazione particolaristiche che con l'avvento della Modernità avrebbero dovuto essere definitivamente neutralizzate, ma che invece non hanno smesso di alimentare la tensione interna tra «l'unità della volontà politica e la molteplicità degli interessi sociali»³⁰. La riflessione costituzionalistica sulla rappresentanza politica ha dovuto tener conto da subito di tale ambivalenza, che ha dato luogo – sul piano tanto delle applicazioni costituzionali quanto delle elaborazioni concettuali – alla contrapposizione tra due principali modelli: un primo modello, quello della rappresentanza "unitaria", è orientato alla costruzione

²⁶ Cfr. K. Vaughan, *Who Benefits from Consociationalism? Religious Disparities in Lebanon's Political System*, in *Religions*, 9, 2018, 7.

²⁷ Cfr. E. Mistretta, *La convivenza*, cit., 315, secondo il quale non è corretto concludere che «la convivenza tra cristiani e musulmani abbia alla base solo un precario patto di non belligeranza tra le comunità», essendosi sviluppati e consolidati valori condivisi quali la libertà religiosa, la pari dignità tra le diverse fedi e culture, il diritto di ciascuna comunità di partecipare al governo del paese, il diritto di ciascun cittadino di risiedere in qualunque parte del territorio nazionale senza considerazioni legate all'appartenenza confessionale.

²⁸ Cfr. E. Sanasarian, *Religious Minorities in Iran*, Cambridge, 2004, 104: «By allowing free elections, the community reveals itself to the regime, exposing its power centers as well as its vulnerabilities. The process takes away the mystery and secretiveness of the minority communities and, ultimately, informs the authorities».

²⁹ Cfr. L. Petrillo, *Iran*, Bologna, 2008, 115.

³⁰ Cfr. C. Casonato, *Minoranze etniche e rappresentanza politica*, cit., 39 ss. e P. Ridola, *Rappresentanza e associazionismo*, in G. Pasquino (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Roma-Bari, 1988, 101.

della *volonté générale* della nazione sovrana e può essere ricondotto all'esperienza rivoluzionaria francese e alle costituzioni dell'Europa meridionale; un secondo modello – “pluralista” – si è invece affermato con la *Glorious Revolution* e ha poi caratterizzato i paesi dell'Europa settentrionale, nell'ottica del “rispecchiamento”, da parte delle istituzioni rappresentative, della complessità delle articolazioni sociali³¹. Un'applicazione rigorosa di tale concezione “collettiva” della rappresentanza porterebbe ad una predeterminazione dei risultati elettorali che si pone in tensione con l'impianto costituzionale delle libertà politiche, con il principio della libertà del voto e del divieto del mandato imperativo e, in ultima analisi, con lo stesso principio democratico.

Rispetto al secondo dei profili sopra menzionati, il riferimento al caso libanese ha già consentito di richiamare la nozione di “democrazia consociativa”, quale modello basato sulla ricerca permanente dell'accordo volto al soddisfacimento delle esigenze dei gruppi (linguistici, etnici, religiosi, ecc.) minoritari. Uno dei più importanti teorici del consociativismo, come è noto, è il politologo olandese A. Lijphart, che esortava i leader politici delle “società divise” a diventare dei «*consociational engineers*» nell'ottica di «*establish or strengthen democratic institutions in their countries*»³², e identificava la *ratio* del modello di democrazia consociativa nell'esigenza di condividere, diffondere, separare, decentralizzare e limitare il potere. La rappresentanza “proporzionale” dei gruppi presso i diversi organi costituzionali, in particolare, è identificata come uno dei quattro principi-cardine della democrazia consociativa, in grado di diminuire l'intensità dei conflitti etnici e religiosi nelle *divided societies*³³. Lo stesso Lijphart, nel 1996³⁴, ha individuato nell'esperienza dello Stato multiculturale indiano uno degli esempi più significativi, e riusciti, di democrazia consociativa, nella misura in cui i diversi principi e strumenti riconducibili al consociativismo – a partire dal *favor* nei confronti della forma di governo parlamentare rispetto a quella presidenziale³⁵ – hanno contribuito in modo decisivo alla tutela delle diverse minoranze

³¹ I due modelli, “unitario” e “pluralista”, non corrispondono soltanto a due distinte tematizzazioni della funzione della rappresentanza, ma si sono estrinsecati in una differenza di tipo strutturale e organizzativo, con riferimento tanto ai sistemi elettorali quanto alla struttura dell'organo parlamentare; la diversa concezione della rappresentanza politica, più o meno recettiva rispetto alla composizione pluralistica della popolazione, incide infatti sulle soluzioni costituzionali adottate in tema di rappresentanza politica delle minoranze (nazionali, etniche, linguistiche, religiose, di genere, ecc.).

³² V. A. Lijphart, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven, 1977, 223.

³³ Gli altri tre principi sono la “grande coalizione”, nel senso che il governo dovrebbe essere costituito da rappresentanti di ciascuno dei principali gruppi religiosi, linguistici, di classe, etnici, ecc.; l’“autonomia”, consistente nel riconoscimento di un diritto all'autonomia e all'autogoverno ai diversi gruppi; “reciproci diritti di veto”, così che i rappresentanti di ciascun gruppo siano in grado di opporsi alle azioni politiche ritenute contrarie ai propri interessi di gruppo.

³⁴ Cfr. A. Lijphart, *The puzzle of Indian democracy: a consociational interpretation*, in *American Political Science Review*, 2, 1996, 258 ss.

³⁵ Cfr. D. Amirante, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bologna, 2014, 63-64.

linguistiche, religiose e economico-sociali (es. caste svantaggiate e classi svantaggiate).

Un terzo profilo teorico di grande rilevanza è relativo alle condizioni alle quali le diversità – etniche, culturali, religiose, filosofiche – dei cittadini possono trovare una composizione nell’ambito di comunità politiche rette da costituzioni di matrice liberal-democratica e pluralistiche, che presuppongono, cioè, la ricerca di un equilibrio tra interessi generali e interessi particolari.

Nell’ambito della filosofia politica occidentale un riferimento fondamentale sono le riflessioni di John Rawls e, in particolare, il suo concetto di “ragione pubblica” quale strumento che dovrebbe consentire di discutere le questioni fondamentali entro una concezione politica della giustizia basata su valori che ciascuno ritiene “ragionevolmente accettabili” anche dagli altri³⁶. A partire da un’interpretazione aperta e inclusiva della “ragione pubblica” c’è chi sostiene che uno Stato democratico-pluralistico dovrebbe non soltanto consentire, ma altresì stimolare l’emersione delle diverse identità culturali e religiose nel contesto politico-elettorale, ad esempio promuovendo movimenti e partiti politici che possano garantire l’espressione dei più diversi orientamenti ideologici, e tra questi anche di partiti orientati religiosamente. Tale apertura sarebbe necessaria non soltanto in quanto funzionale a rispettare uno dei principi cardine del costituzionalismo liberal-democratico, ovvero la tutela del pluralismo culturale e religioso, ma anche perché utile alla stessa stabilità delle democrazie pluralistiche: una democrazia stabile, da questa prospettiva, è infatti quella nella quale la ricerca di un *overlapping consensus* tra interessi particolari e principi generali si rinnova costantemente³⁷.

Se si allarga lo sguardo alle riflessioni elaborate in contesti politici e costituzionali non occidentali, la valorizzazione del coinvolgimento politico dei gruppi e delle comunità, anche religiose, al fine della costruzione di un “multiculturalismo democratico” e di un modello di laicità sensibile al dato del pluralismo delle identità è ancora più spiccata.

Un caso particolarmente significativo, ancora una volta, è quello dell’originale esperienza indiana di laicità e democrazia pluralistica, rispetto alla quale Rajeev Bhargava si è interrogato in relazione al rifiuto di prevedere specifici strumenti costituzionali di rappresentanza politica garantita delle minoranze religiose (come i musulmani)³⁸, a differenza di quanto sancito dalla stessa Costituzione a favore delle classi e delle comunità svantaggiate, a livello tanto della Camera del popolo quando dei parlamenti statali³⁹. Al di là delle ragioni storiche legate alla scelta di

³⁶ La nozione di “ragione pubblica” è sviluppata da J. Rawls in *Liberalismo Politico*, Roma, 2008, e in *The Idea of Public Reason Revisited*, in *University of Chicago Law Review*, 3, 1997, 765-807.

³⁷ Cfr. R. Muirhead, N. L. Rosenblum, *Political Liberalism vs. “The Great Game of Politics”: The Politics of Political Liberalism*, in *Perspectives on Politics*, 1, 2006, 104.

³⁸ Cfr. R. Bhargava, *On the persistent political under-representation of Muslims in India*, in *Law and Ethics of Human Rights*, 1, 2007, 76-133.

³⁹ Gli artt. 330 e ss. della Cost. indiana istituiscono infatti delle riserve di seggi parlamentari, nel contesto di una più ampia *reservation policy* a favore dei gruppi sociali svantaggiati. Sulle implicazioni di tale strategia redistributiva, non soltanto in relazione alla rappresentanza politica, cfr. E. Pförtl, F. Alicino, *La reservation policy alla prova del principio di eguaglianza*

non istituire collegi elettorali separati, previsti invece dall'Impero britannico fin dal 1909, e all'esigenza di contrastare la conflittualità tra comunità religiose all'indomani della divisione con il Pakistan, Bhargava ritiene che un modello pluralista orientato alla rappresentanza descrittiva non sia, di per sé, incompatibile con i principi di uno Stato liberal-democratico e laico. Da un lato, infatti, la necessaria tutela dei diritti e delle libertà individuali non può nascondere la realtà della condizione umana, caratterizzata dal profondo impatto dei contesti sociali nei quali l'individuo stesso è situato e, tra questi, delle "moderne comunità ascrivitive"; l'esigenza di una *fair representation* non può essere, dunque, soddisfatta dal solo principio "una testa, un voto" né da quello delle pari opportunità nell'accesso alla sfera politica, potendo invece declinarsi nell'adozione di meccanismi politico-elettorali che contemperino le istanze della rappresentanza comunitaria con quelle dell'autonomia individuale. Dall'altro lato, una concezione della laicità sganciata da un'impostazione rigidamente individualistica può fondare non tanto una separazione, quanto una «*principled distance*» tra sfera pubblica e sfera religiosa, dove l'atteggiamento di chiusura o di apertura delle autorità pubbliche nei confronti di una determinata religione sarà condizionato dal suo potenziale distruttivo o costruttivo rispetto ai valori e ai principi dello Stato laico e democratico⁴⁰. I diritti di rappresentanza politica delle minoranze religiose svantaggiate non sono in principio incompatibili con una versione della laicità intesa come *principled distance*, nella misura in cui, contrastando la sotto-rappresentazione politica di tali gruppi, si dimostrino funzionali al potenziamento dello stesso principio democratico⁴¹.

Lo studio delle esperienze extra-occidentali di tutela e promozione della partecipazione politica delle minoranze risulta dunque di grande stimolo sotto il profilo del rapporto tra principio di rappresentanza politica, principio democratico, tutela dei diritti individuali e collettivi, con l'avvertenza di tenere nella debita considerazione la peculiarità dei processi di consolidamento delle democrazie emergenti "oltre l'Occidente". A risultare spiazzante, in particolare, è la constatazione che la persistenza di strutture politiche e sociali tradizionali non necessariamente risulta di ostacolo al radicamento della democrazia, potendo invece svolgere un ruolo di promozione e supporto della partecipazione di gruppi subalterni, altrimenti esclusi dall'impianto della rappresentanza politica di matrice liberale.

(sostanziale), in D. Amirante, C. Decaro, E. Pfösl (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Torino, 2013, 255 ss.

⁴⁰ Sull'idea di *principled distance* cfr. R. Bhargava, *What is Secularism?*, in R. Bhargava (ed.), *Secularism and Its Critics*, Noida, 1999, e R. Bhargava, *India's Secular Constitution*, in Z. Hasan, E. Sridharan, R. Sudarshan (eds.), *India's Living Constitution: Ideas, Practices, Controversies*, London, 2002, 116 ss.

⁴¹ R. Bhargava, *On the persistent*, cit. 112 ss., in particolare, ritiene che soltanto meccanismi elettorali orientati ad una rappresentanza descrittiva "ristretta", o "mista", siano effettivamente compatibili con il principio democratico e con la responsabilità politica dei rappresentanti nei confronti dei rappresentati: il riferimento è a quegli strumenti di rappresentanza legislativa garantita che non richiedono l'appartenenza del soggetto al gruppo etnico o religioso minoritario come condizione di eleggibilità in qualità di rappresentante di quel determinato gruppo.

Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l'esperienza ungherese

di Gianmaria Milani

Abstract: The Parliament and the Parliamentary System in the Illiberal Democracy: the Hungarian Experience – During the last decade, several studies have been conducted in order to define the elements and processes characterizing the diffusion of illiberal democracies. Most of these studies show the transformations that involve the system of constitutional guarantees. The purpose of this paper is to focus on the other side of the coin, the one related to the representative institutions, and in particular to the parliamentary assemblies, in order to analyse if, and eventually how, the spread of the illiberal democracy model, which has already compromised the guarantees typical of the constitutional form of State, can also affect the structures and functions of the representative institutions.

Keywords: Hungary; Parliament; Parliamentaryism; Illiberal democracy; Constitutional retrogression.

2917

1. La diffusione delle democrazie illiberali in Europa

Per decenni, a partire dalla seconda metà del secolo passato, le progressive ondate di democratizzazione hanno permesso un costante avanzamento, in ogni parte del mondo, della democrazia ai danni dell'autocrazia. La democrazia costituzionale si è diffusa come forma di Stato caratterizzata, tra gli altri elementi, dalla presenza di una costituzione approvata mediante procedimenti democratici, rigida e garantita da meccanismi di giustizia costituzionale, dalla tutela costituzionale dei diritti, da una rinnovata concezione della separazione dei poteri, dall'apertura al diritto internazionale e dal riconoscimento dell'autonomia locale.

Tuttavia, già sul finire del Novecento, emergeva un'altra tendenza, contraria a quella avviata a metà secolo, che progressivamente iniziava a interessare un crescente numero di Stati in diverse regioni del mondo: questa tendenza era costituita dall'affermazione delle democrazie illiberali e dalla contestuale messa in discussione della democrazia costituzionale come modello di riferimento. Attualmente, tale tendenza sembra consolidarsi e allargarsi in maniera sempre più evidente al continente europeo, come dimostrano le minacce poste negli ultimi anni al costituzionalismo in Paesi dell'Unione europea come l'Ungheria e la Polonia¹.

¹ Proprio i due Paesi citati sembrano mostrare oggi il livello più allarmante di regressione costituzionale, anche se altri Stati dell'area presentano elementi degni di attenzione e preoccupazione. Vedi A. Di Gregorio, *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, in A.

In questo quadro, le democrazie illiberali – per utilizzare un'espressione sempre più diffusa ancorché controversa² – sono divenute oggetto di un crescente numero di studi che, partendo dall'analisi dei contenuti³ e dei processi⁴ che caratterizzano la diffusione di tale forma di Stato, si sono concentrati soprattutto sulle trasformazioni che hanno interessato gli ordinamenti coinvolti sul versante del circuito delle garanzie e sul rispetto del principio della *rule of law*.

Lo scopo di questo contributo è quello di focalizzare l'attenzione su un altro versante, quello relativo al circuito della decisione politica e in particolare alle istituzioni parlamentari, per analizzare se, ed eventualmente con quali modalità, l'affermazione del modello di democrazia illiberale, una volta compromesso il carattere costituzionale della forma di Stato, sia anche in grado di incidere sulle strutture e sulle funzioni delle istituzioni rappresentative tipiche dello Stato democratico.

2918

2. Democrazie illiberali, parlamento e parlamentarismo

Si può in ipotesi affermare che i fenomeni di regressione costituzionale siano in grado di incidere sul ruolo del Parlamento nella democrazia costituzionale almeno lungo tre direzioni, identificabili con la serie di rapporti che definiscono, in generale, il ruolo del Parlamento: il rapporto tra Parlamento e corpo elettorale; il rapporto tra Parlamento e altri poteri politici; il rapporto tra Parlamento e sistema delle garanzie costituzionali.

Di Gregorio (a cura di), *Trattato di diritto pubblico comparato. I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Padova, 2019, 366. L'autrice sottolinea il paradosso e lo stupore legati al fatto che la degenerazione costituzionale prende il via proprio in due Paesi, l'Ungheria e la Polonia, che tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta erano stati gli "apripista dell'importazione felice degli standard costituzionali europei". Vedi anche A. Di Gregorio, *Hungarian constitutional developments and measures to protect the rule of law in Europe*, in *DPCE online*, 2019, 1465 ss.

² Per una critica all'utilizzo di tale espressione vedi, per tutti, S. Cassese, *La democrazia svanisce se diventa illiberale*, in *Corriere della Sera*, 28 agosto 2018, il quale osserva opportunamente che "la democrazia non può non essere liberale".

³ Si è parlato di questi regimi come di "illiberal democracy", "hybrid regime", "competitive authoritarianism"; vedi, tra gli altri, F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997; M. Tushnet, *Varieties of Constitutionalism*, in <http://www.icconnectblog.com>, 2014; S. Levitsky, L.A. Way, *Competitive Authoritarianism. Hybrid Regimes after the Cold War*, Cambridge, 2010.

⁴ Sono state utilizzate le espressioni "constitutional retrogression", "constitutional rot", "democratic decay", "democratic recession", "democratic disconnect", "democratic backsliding", per sottolineare come l'affermazione di tali regimi avvenga in maniera graduale, incrementale, come il frutto di una serie di cambiamenti che singolarmente appaiono di portata limitata, ma che considerati nel loro insieme provocano un generale decadimento degli elementi dello Stato democratico; vedi A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *UCLA Law Review*, 2018; J.M. Balkin, *Constitutional Rot and Constitutional Crisis*, in *Maryland Law Review*, 2018; T.G. Daly, *Diagnosing Democratic Decay*, paper presented at the *Comparative Constitutional Law Roundtable Gilbert & Tobin Centre of Public Law*, 2017; L. Diamond, *Facing Up to the Democratic Recession*, in *Journal of Democracy*, 2015; R. Foa, Y. Mounk, *The Danger of Deconsolidation: The Democratic Disconnect*, in *Journal of Democracy*, 2016; N. Bermeo, *On Democratic Backsliding*, in *Journal of Democracy*, 2016.

In primo luogo, il rapporto tra Parlamento e corpo elettorale. L'emergere delle democrazie illiberali è stato collegato, tanto dalla letteratura politologica quanto da quella giuridica, all'affermazione dei movimenti populistici. La retorica populista è basata, tra gli altri elementi, sul rigetto delle istituzioni rappresentative, alle quali si preferisce un rapporto diretto e immediato tra leader e popolo⁵. La democrazia indiretta, della quale il Parlamento costituisce la manifestazione dal punto di vista istituzionale, è considerata in quest'ottica un artificio, in contrapposizione alla democrazia diretta, ritenuta una forma naturale e genuina di democrazia⁶. Questa sfiducia nelle istituzioni rappresentative è stata oggetto di ricerche da parte dei politologi, i quali hanno tra l'altro dimostrato, parallelamente ad una crescente disaffezione delle istituzioni democratiche, un sempre più diffuso apprezzamento per forme di Stato autoritarie considerate più efficienti e trasparenti rispetto ai sistemi democratici⁷. Il consolidamento di questa linea potrebbe manifestarsi in un uso smisurato degli istituti di democrazia diretta e nella messa in discussione di istituti tipici dello Stato liberale e di derivazione liberale, come il divieto del vincolo di mandato e l'insindacabilità parlamentare.

In secondo luogo, ma con considerazioni collegate a quelle appena svolte, il rapporto tra Parlamento e altri poteri politici, e segnatamente il Governo. Si assiste, negli ordinamenti interessati da fenomeni di regressione costituzionale, a una compressione del principio della separazione dei poteri⁸. Questo fenomeno, che interessa in primo luogo gli organi di garanzia e la loro indipendenza rispetto ai poteri politici, si manifesta anche all'interno dello stesso circuito della decisione politica, potendo ben essere letto come compressione dell'autonomia del Parlamento e come ruolo recessivo di questo nei confronti dell'Esecutivo⁹. La retorica populista espone il Governo e lo rende interlocutore diretto del popolo; il Parlamento verrebbe in quest'ottica esautorato della sua funzione rappresentativa, mentre l'Esecutivo verrebbe ad assumere una posizione di assoluto rilievo nella forma di governo.

In terzo luogo, il rapporto tra Parlamento e sistema delle garanzie costituzionali, il quale può a sua volta essere letto nell'ottica del rapporto che si instaura tra maggioranza e opposizione. È stato opportunamente rilevato come l'analisi del principio della separazione dei poteri sia incompleta se basata esclusivamente sulla dialettica Governo-Parlamento tipica dello Stato liberale, dovendosi piuttosto riferirsi al rapporto che si sviluppa tra le minoranze di opposizione e il raccordo maggioranza parlamentare-governo¹⁰. In questa prospettiva, a fronte del riconoscimento del principio maggioritario, dovrebbero

⁵ Cfr. J.W. Müller, *Populist Constitutions. A Contradiction in Terms?*, in www.verfassungsblog.de, 2017; C. Pinelli, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, 12.

⁶ V. P. Blokker, *Populist Constitutionalism*, in <http://www.iconnectblog.com>, 2017.

⁷ V. R. Foa, Y. Mounk, *The Danger of Deconsolidation*, cit., 12.

⁸ V. J.W. Müller, *Populist Constitutions*, cit.

⁹ V. A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, cit., 127.

¹⁰ V. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, 562.

essere garantiti all'opposizione il diritto di partecipazione e la possibilità di elaborare e affermare indirizzi politici alternativi a quelli della maggioranza. Le democrazie illiberali, ancora una volta con il concorso della retorica populista, sembrano da una parte sovrastimare il principio maggioritario¹¹ e dall'altra sottostimare i diritti delle minoranze¹². Gli effetti di queste pulsioni trasformerebbero le costituzioni di questi paesi in strumenti del potere, pensate per portare al potere movimenti populistici e permettere che questo potere venga esercitato senza quei limiti, quelle condizioni, quei pesi e contrappesi che sono invece propri dello Stato costituzionale¹³.

3. Un caso di studio: l'Ungheria

2920

Per verificare queste ipotesi si è scelto di concentrare l'attenzione sul caso ungherese, esempio di diventato nell'ultimo decennio paradigmatico del fenomeno della regressione costituzionale¹⁴, a seguito delle riforme approvate dal 2010 e dell'adozione di una nuova Costituzione nel 2011. L'Ungheria, oltre ad essere stata in qualche modo promotrice del modello della democrazia illiberale nell'Europa centro-orientale, espressamente rifugge, per utilizzare le parole del Primo ministro Orbán, dalla tradizione del costituzionalismo europeo¹⁵.

La Costituzione del 2011, espressione più limpida della regressione costituzionale ungherese, ha sostituito la Costituzione del 1949 la quale, pur essendo stata profondamente emendata a partire dal 1989, era rimasta in vigore a seguito della fine del regime socialista nel Paese¹⁶. Il testo adottato nel 2011 ed entrato in vigore nel 2012 ha attirato critiche sia per quanto riguarda il procedimento seguito per la sua approvazione, sia per quanto riguarda i contenuti, ritenuti lesivi, con il concorso della legislazione ordinaria e organica approvata negli ultimi anni, dei principi dello Stato costituzionale.

¹¹ V. T.G. Daly, *Diagnosing Democratic Decay*, cit.

¹² V. A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, cit., 136.

¹³ Cfr. P. Blokker, *Populist Constitutionalism*, cit.; J.W. Müller, *Populist Constitutions*, cit.; C. Pinelli, *The Populist Challenge*, cit., 12; J.M. Balkin, *Constitutional Rot*, cit., 151.

¹⁴ L'Europa centro-orientale appare particolarmente rilevante per l'analisi dei fenomeni di *constitutional retrogression*: considerata come *land in between* tra il mondo democratico e quello autoritario, questi Paesi sono da anni oggetto di studi sulla tenuta della democrazia e sulla possibile retrocessione verso regimi autoritari o semi-autoritari. V. B. Bugarič, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: "Lands in-between" democracy and authoritarianism*, in *I-CON*, 2015.

¹⁵ Il leader di Fidesz ha tra l'altro affermato che "in Europa il trend è l'approvazione di costituzioni liberali, ma quella ungherese non è tra queste costituzioni". Questa e altre dichiarazioni sono riportate in G. Halmay, *Illiberal Democracy and Beyond in Hungary*, in www.verfassungsblog.de, 2014.

¹⁶ Il testo risultante dalle modifiche del 1989 era stato adottato, come si legge nel breve preambolo, "con il fine di facilitare una transizione politica pacifica verso una forma di Stato costituzionale" e sarebbe rimasto in vigore "fino all'adozione della nuova Costituzione del Paese". V. A. Jakab, P. Sonnevend, *Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, 104; J. Sawicki, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, 2018, 97.

Quanto al procedimento, oltre ad avere dato adito ad alcune proteste la mancata applicazione della clausola della maggioranza dei 4/5 per l'approvazione di revisioni costituzionali o di una nuova costituzione¹⁷, preoccupazione è stata espressa da più parti sia per lo scarso coinvolgimento dell'opposizione e del Parlamento in generale, in quanto la bozza è stata preparata da una commissione ristretta di tre persone e approvata dopo circa un mese dalla sua presentazione¹⁸, sia per l'inconsueta modalità di partecipazione popolare, che ha preso la forma di un sondaggio composto da dodici domande generali proposte prima della presentazione pubblica del progetto di costituzione¹⁹.

Quanto al contenuto della nuova Costituzione ungherese, il punto maggiormente problematico sembra essere costituito dalla disciplina riguardante la Corte costituzionale. In particolare, le riforme hanno interessato sia le competenze della Corte, con la rimodulazione delle vie d'accesso, la restrizione delle possibilità di intervento sulle leggi in materia finanziaria e il divieto di ricorrere ai precedenti pre-2012²⁰, sia la sua composizione, che al momento, grazie alla modifica del procedimento di nomina e della durata del mandato, appare fortemente controllata dalla maggioranza di Governo²¹. Altrettanto problematiche sono risultate, inoltre, le riforme dell'ordinamento giudiziario e del sistema dei media, approvate con il fine di limitarne l'indipendenza e di diminuirne

¹⁷ Cfr. M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese. Una democrazia dimezzata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 1013 ss.; K. Kelemen, *Una nuova Costituzione per l'Ungheria*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 681; R. Uitz, *Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary*, in *I-CON*, 2015, 285. Tuttavia, è stato da taluni sostenuto come tale clausola avesse in realtà perso la sua efficacia; cfr. J. Fröhlich, L. Csink, *Topics of Hungarian Constitutionalism*, in *Bij De Buren*, 2012, 427; M. Bánkuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *From Separation of Powers*, cit., 254; P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary*, in A. von Bogdandy, P. Sonnevend (cur.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford and Portland, 2015, 43.

¹⁸ V. Z. Sente, *Challenging the Basic Values. Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to Tackle Them*, in A. Jakab, D. Kochenov (cur.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 459; P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument*, cit., 24; K.L. Scheppele, *Understanding Hungary's Constitutional Revolution*, in A. von Bogdandy, P. Sonnevend (cur.), *Constitutional Crisis*, cit., 111; N. Chronowski, *Carved in granite? Variable constitutional architecture in Hungary (2010-2018)*, in *DPCE online*, 2019, 1490.

¹⁹ V. R. Uitz, *Can you tell*, cit., 286; K.L. Scheppele, *Understanding Hungary's Constitutional Revolution*, cit., 111; A. Di Gregorio, *Il costituzionalismo "malato"*, cit., 366.

²⁰ Cfr. Z. Sente, *Challenging the Basic Values*, cit., 464; A. Vincze, *Wrestling with Constitutionalism: The Supermajority and the Hungarian Constitutional Court*, in *Vienna Journal of International Constitutional Law*, 2014, 89; M. Bánkuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *From Separation of Powers to a Government without Checks: Hungary's Old and New Constitutions*, in G.A. Tóth (a cura di), *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Budapest, 2012, 254; L. Sólyom, *The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary*, in A. von Bogdandy, P. Sonnevend (a cura di), *Constitutional Crisis*, cit., 25.

²¹ Cfr. A. Vincze, *Wrestling with Constitutionalism*, cit., 892; A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, cit., 127.

la capacità di agire quali istanze di garanzia nell'ambito di una forma di Stato costituzionale²².

Il processo di regressione costituzionale in atto nel Paese ha prodotto importanti effetti anche sul sistema delle fonti, sui quali pare opportuno soffermarsi, dal momento che i recenti sviluppi del parlamentarismo magiaro non possono essere analizzati se non in maniera sistematica, alla luce dell'evoluzione che interessa l'intero ordinamento costituzionale ungherese.

In primo luogo, la Costituzione sembra essere caratterizzata da un livello eccessivo di flessibilità; il procedimento di revisione costituzionale, in base al quale è necessario e sufficiente che la maggioranza dei 2/3 dei componenti del Parlamento monocamerale approvi la revisione, senza ulteriori aggravamenti, appare a disposizione della maggioranza politica che, grazie al sistema elettorale maggioritario, è al momento in grado di disporre liberamente e unilateralmente del testo della Costituzione e di fatto ha modificato sette volte dal 2012 la Costituzione²³. È vero che, già successivamente alla fine del regime sovietico, la Costituzione ungherese si è caratterizzata per la sua limitata rigidità, essendo stata emendata 22 volte dal 1990 al 2010²⁴ e 12 volte dal 2010 al 2012²⁵; tuttavia, se in questo lungo periodo una certa flessibilità della Costituzione trovava la sua ragion d'essere nella dichiarata provvisorietà della Costituzione stessa, che secondo gli attori della transizione democratica avrebbe dovuto presto essere sostituita da un nuovo testo, la situazione post 2012 non appare coerente con il principio della rigidità della Costituzione²⁶.

In secondo luogo, risulta critica la posizione nell'ordinamento delle leggi organiche, qualificate dalla Costituzione come leggi cardinali. Ciò che ha destato perplessità non è tanto la previsione di tali strumenti, ma l'elevato numero di rinvii a tale fonte nel testo costituzionale e soprattutto la tipologia delle materie per le quali la Costituzione riserva la disciplina al legislatore organico: da una parte, infatti, a tali leggi, approvate a maggioranza dei 2/3 dei presenti del Parlamento, è demandata la disciplina di materie che sarebbe forse opportuno trovassero una disciplina più rigida e puntuale nella Costituzione, come l'organizzazione degli organi di garanzia e la tutela dei diritti e delle libertà; dall'altra parte, si irrigidiscono alcune materie, relative soprattutto alla politica sociale e a quella

²² Vedi la legge CLXII del 2011 sullo status giuridico e la remunerazione dei giudici; legge CLXI del 2011 sull'organizzazione e l'amministrazione dei tribunali; legge CIV del 2010 sulla libertà di stampa e i principi fondamentali in materia di contenuti dei media; legge CLXXXV del 2010 sui mass media.

²³ Cfr. N. Chronowski, *Carved in granite?*, cit., 1483-1484; P.-A. Collot, *Difficulté contre-majoritaire et usage impérial du pouvoir constituant dérivé au regard de la quatrième révision de la Loi fondamentale de Hongrie*, in *Revue française de Droit constitutionnel*, 2013, 790; G.F. Ferrari, *La Costituzione dell'Ungheria*, in M. Ganino (a cura di), *Codice delle Costituzioni. Vol. III*, Padova, 2013, 390.

²⁴ V. A. Jakab, P. Sonnevend, *Continuity with Deficiencies*, cit., 104.

²⁵ V. Z. Sente, *Challenging the Basic Values*, cit., 460; N. Chronowski, *Carved in granite?*, cit., 1488.

²⁶ L. Sólyom, *The Rise and Decline*, cit., 21; N. Chronowski, *Carved in granite?*, cit., 1501; A. Di Gregorio, *Il costituzionalismo "malato"*, cit., 367, parla di "rigidità costituzionale 'contenuta'".

fiscale, che dovrebbero invece essere lasciate nella disponibilità del legislatore ordinario in quanto manifestazione dell'indirizzo politico soggetto al mutamento con l'evolversi della situazione economica e politica nel Paese²⁷.

In terzo luogo, in base al IV emendamento alla Costituzione approvato nel 2013²⁸, le decisioni adottate dalla Corte costituzionale prima dell'entrata in vigore della Costituzione del 2012 non possono essere utilizzate dalla stessa Corte per interpretare la Costituzione, anche se i loro effetti restano vigenti; ciò contrasta espressamente con quanto stabilito in precedenza dalla Corte, che aveva affermato la continuità della propria giurisprudenza nei casi che coinvolgevano norme che sostanzialmente erano state riprodotte dal testo della nuova Costituzione²⁹.

In questo complesso sistema normativo si collocano le norme di diritto parlamentare ungherese, le quali oggi vanno rinvenute principalmente in quattro differenti atti: la Costituzione, e in particolare il capitolo dedicato all'Assemblea nazionale (artt. 1-7); la legge cardinale CCIII del 2011 sull'elezione dell'Assemblea nazionale; la legge cardinale XXXVI del 2012 sull'Assemblea nazionale; la risoluzione parlamentare 10 del 2014 su alcune disposizioni regolamentari dell'Assemblea³⁰.

4. Il Parlamento della democrazia illiberale ungherese

A differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti dell'Europa centro-orientale dopo la caduta delle democrazie popolari, l'Ungheria ha scelto nel 1989 una forma di governo parlamentare³¹. Il Parlamento, nella Costituzione della transizione, era

²⁷ A. Jakab, P. Sonnevend, *Continuity with Deficiencies*, cit., 104; M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese*, cit., 1019; G.F. Ferrari, *La Costituzione dell'Ungheria*, cit., 395; G. Romeo, E. Mostacci, *La forma di governo*, in G.F. Ferrari (cur.), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, 85; M. Bánkuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *From Separation of Powers*, cit., 267; P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument*, cit., 78 ss.

²⁸ Si tratta senz'altro della modifica più controversa tra quelle approvate a partire dal 2012, adottata con il fine di costituzionalizzare diverse norme dichiarate incostituzionali dalla stessa Corte negli ultimi anni, da ultimo con la sentenza n. 45/2012 con la quale il giudice costituzionale aveva annullato diverse norme transitorie della stessa Costituzione introdotte a fine 2012, dopo l'adozione della Legge fondamentale ma prima della sua entrata in vigore. Cfr. V. Z. Sente, *Challenging the Basic Values*, cit., 460; P.-A. Collot, *Difficulté contre-majoritaire*, cit., 797; G. Halmai, *An Illiberal Constitutional System in the Middle of Europe*, in *European Yearbook of Human Rights*, 2014, 501; G. Spuller, *Transformation of the Hungarian Constitutional Court: Tradition, Revolution, and (European) Prospects*, in *German Law Journal*, 2014, 669; L. Sólyom, *The Rise and Decline*, cit., 25; P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument*, cit., 55; N. Chronowski, *Carved in granite?*, cit., 1493-1494.

²⁹ Così nella sentenza n. 22/2012. Cfr. A. Jakab, P. Sonnevend, *Continuity with Deficiencies*, cit., 109; Z. Sente, *Challenging the Basic Values*, cit., 460; L. Sólyom, *The Rise and Decline*, cit., 25 ss.

³⁰ Cfr. P. Smuk, *On Legislative Power*, in P. Smuk (a cura di), *The Transformation of the Hungarian Legal System 2010-2013*, Budapest, 2013, 97; Z. Sente, *How Populism Destroys Political Representation. (Anti-)Parliamentary Reforms in Hungary after 2010*, in *DPCE online*, 2019, 1613; Z. Sente, *Marginalising the Parliament. (Anti-)Parliamentary Reforms in Hungary after 2010, paper presented at the Convegno SISP Democrazia e democratizzazioni*, 2016, 2.

³¹ Cfr. M. Ganino, C. Filippini, A. Di Gregorio, *Presidenti, Governi e Parlamenti nei Paesi dell'Europa orientale (Polonia, Lituania, Ungheria, Repubblica ceca): l'equilibrio innanzitutto*, in A. Di Giovine, A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie*

in effetti il punto focale della forma di governo ungherese³², in questo segnando una sorta di formale continuità con il regime precedente che, non soltanto in Ungheria, era caratterizzato dalla centralità e dalla primazia dell'organo assembleare, espressione della volontà popolare organizzata nel partito unico³³. In effetti, nonostante un sostanziale distacco dal regime precedente dovuto all'affermazione del principio della separazione dei poteri e del pluralismo politico, con conseguente sviluppo di un Parlamento effettivamente in grado di incidere sul funzionamento della forma di governo ungherese³⁴, la prassi ha presto collocato il Parlamento in una posizione subordinata rispetto al potere esecutivo³⁵.

Le modifiche apportate negli ultimi anni al sistema costituzionale ungherese sembrano confermare questo trend. Da un lato, il Parlamento è definito, all'art. 1 della Costituzione, come «organo supremo della rappresentanza popolare»³⁶. A ciò si aggiunga che il capitolo I sul Parlamento è stato riconosciuto come una delle parti meno controverse della nuova Costituzione, come dimostra anche lo scarso interesse mostrato al tema nelle opinioni espresse dalle organizzazioni internazionali, come la Commissione di Venezia, in occasione dell'approvazione della nuova Costituzione e dei suoi emendamenti³⁷.

In effetti, almeno dalla lettura del capitolo I, il Parlamento sembra guadagnare spazio nell'economia generale della forma di governo ungherese. Tuttavia, un esame sistematico della Costituzione, integrato anche dall'analisi delle disposizioni legislative e regolamentari sopra richiamate, mostra un generale indebolimento del Parlamento, interessato da una serie di modifiche più o meno incisive alla composizione, le funzioni e l'organizzazione interna³⁸.

4.1 Sistema elettorale e referendum

contemporanee, Torino, 2007, 139 ss.; D.M. Olson, P. Norton, *Post-Communist and Post-Soviet Parliaments: Divergent Paths from Transition*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2007, 164; L. Montanari, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 521.

³² V. J.T. Andrews, *Legislatures in Central and Eastern Europe*, in S. Martin, T. Saalfeld, K.W. Strøm (a cura di), *The Oxford Handbook of Legislative Studies*, Oxford, 2014, 648.

³³ V. S. Bartole, P. Grilli di Cortona, *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale: élites, istituzioni e partiti*, Torino, 1998; P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument*, cit., 38; J. Sawicki, *Democrazie illiberali?*, cit., 15.

³⁴ V. Z. Mansfeldova, *Central European Parliaments over Two Decades. Diminishing Stability? Parliaments in Czech Republic, Hungary, Poland, and Slovenia*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2011, 129.

³⁵ V. G. Ilonski, *From Minimal to Subordinate: A Final Verdict? The Hungarian Parliament, 1990-2002*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2007, 38.

³⁶ V. P. Smuk, *The Parliament*, in A. Varga, A. Patyi, B. Schanda (a cura di), *The Basic (Fundamental) Law of Hungary. A Commentary of the New Hungarian Constitution*, Dublin, 2015, 124.

³⁷ V. P. Smuk, *The Parliament*, cit., 136.

³⁸ V. Z. Szente, *How Populism Destroys Political Representation*, cit., 1609 ss.; Z. Szente, *Marginalising the Parliament*, cit., 1.

Un primo aspetto da tenere in considerazione riguarda senz'altro il metodo di elezione del Parlamento. L'adozione di un sistema elettorale misto è una peculiarità dell'ordinamento ungherese nell'ambito dei paesi dell'Europa centro-orientale, i quali si sono generalmente orientati, al momento della transizione democratica, verso sistemi elettorali proporzionali³⁹. La scelta ha avuto un impatto evidente sul sistema politico ungherese, caratterizzato da una progressiva diminuzione delle forze politiche rappresentate in Parlamento e dal consolidamento dei partiti più forti⁴⁰. Il sistema politico ha avuto a sua volta riflessi sul funzionamento della forma di governo, connotato da un elevato grado di stabilità ministeriale, dalla totale assenza di forme di democrazia consensuale e dalla sottomissione del Parlamento all'Esecutivo⁴¹.

Il sistema elettorale, che già nel 2010 si era mostrato poco equilibrato permettendo l'attribuzione dei 2/3 dei seggi al partito che aveva ottenuto poco più della maggioranza dei voti e consentendo così l'avvio di una legislatura costituente⁴², è stato modificato nel 2011 con l'introduzione di ulteriori elementi critici. Innanzitutto, cambia il peso della quota proporzionale e di quella maggioritaria, a favore di quest'ultima: si passa da un rapporto di 55 a 45 a un rapporto di 47 a 53. Inoltre, sia la riduzione del numero dei parlamentari, passati da 386 a 199, sia l'utilizzo della formula *plurality* per l'elezione nei collegi uninominali, sembrano in grado di aumentare l'effetto distorsivo del sistema elettorale in senso maggioritario⁴³.

A ciò si aggiungano le critiche mosse alla nuova definizione dei collegi elettorali, considerata da alcuni opera di *gerrymandering*⁴⁴, nonché le ulteriori disposizioni promosse dal Primo ministro Orbán per allargare e controllare la base elettorale della maggioranza di governo. Basti pensare, in tal senso, alle norme in materia di diritto di voto per gli ungheresi all'estero, con le annesse controversie legate alla nuova disciplina della cittadinanza e alla registrazione degli elettori non residenti, all'introduzione dell'obbligo di registrazione periodica alle liste

³⁹ Cfr. G. Ilonszki, R. Varnágy, *From Party Cartel to One-Party Dominance. The Case of Institutional Failure*, in *East European Politics*, 2014, 424; M. Ganino, C. Filippini, A. Di Gregorio, *Presidenti, Governi e Parlamenti*, cit., 169 ss.; L. Montanari, *Le nuove democrazie*, cit., 519; J. Sawicki, *Democrazie illiberali?*, cit., 81.

⁴⁰ V. Z. Mansfeldova, *Central European Parliaments*, cit., 133.

⁴¹ Cfr. J.T. Andrews, *Legislatures in Central and Eastern Europe*, cit., 662; D.M. Olson, P. Norton, *Post-Communist and Post-Soviet Parliaments*, cit., 189; G. Ilonszki, D.M. Olson, *Questions about Legislative Institutional Change and Transformation in Eastern and East Central Europe: Beyond the Initial Decade*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2011, 121; M. Ganino, C. Filippini, A. Di Gregorio, *Presidenti, Governi e Parlamenti*, cit., 170 ss.

⁴² Cfr. B. Bugarič, *A crisis of constitutional democracy*, cit., 230; M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese*, cit., 1017; A. Di Gregorio, *Il costituzionalismo "malato"*, cit., 367-368.

⁴³ K.L. Scheppele, *Understanding Hungary's Constitutional Revolution*, cit., 120; sulla legge elettorale ungherese vedi anche G. Delledonne, *Constitutional courts dealing with electoral laws: comparative remarks on Italy and Hungary*, in *DPCE online*, 2019, 1552 ss.

⁴⁴ V. G. Halmai, *Illiberal Democracy and Beyond*, cit.; K.L. Scheppele, *Understanding Hungary's Constitutional Revolution*, cit., 120; A. Di Gregorio, *Il costituzionalismo "malato"*, cit., 369.

elettorali degli aventi diritto al voto⁴⁵, nonché alla proposta per l'attribuzione di un voto addizionale per le famiglie con figli, misura contestata da una parte dello stesso partito Fidesz e da ultimo ritirata⁴⁶.

Collegato al tema delle elezioni e, più in generale, al rapporto tra Parlamento e corpo elettorale, anche la disciplina del referendum ha conosciuto alcune modifiche con l'adozione della nuova Costituzione. Il testo del 1949, a seguito dell'emendamento del 1997, prevedeva che un referendum potesse essere richiesto da 200.000 elettori, ovvero dal Parlamento su iniziativa del Presidente della Repubblica, del Governo, di 100.000 elettori o di 1/3 dei parlamentari (art. 28/C).

Il nuovo testo elimina l'iniziativa della minoranza parlamentare (art. 8), di fatto diminuendo la funzione garantista che in precedenza caratterizzava la disciplina del referendum⁴⁷ e aumentandone la funzione plebiscitaria, dal momento che il Presidente e il Governo possono ricorrere alla consultazione popolare per ratificare le proprie decisioni, aggirando di fatto il circuito rappresentativo.

Alla stessa finalità sembra rispondere l'organizzazione di frequenti consultazioni popolari, non disciplinate dalla Costituzione né dalla legge, spesso strumentalizzate e connotate da "toni fortemente populistici"⁴⁸.

Il concreto utilizzo del referendum, così come il funzionamento del sistema elettorale, possono altresì essere condizionati dalla nuova disciplina concernente la Commissione nazionale elettorale. L'organo è composto da sette membri, eletti per un mandato di nove anni dal Parlamento, con una maggioranza di 2/3 dei presenti, su proposta del Presidente della Repubblica; a essi si aggiungono un rappresentante per ogni partito presente come gruppo in Parlamento ovvero, in periodo elettorale, un rappresentante per ogni partito registrato alle elezioni parlamentari⁴⁹.

La Commissione nazionale elettorale, che svolge funzioni fondamentali sia in materia elettorale che referendaria, è sostanzialmente controllata dalla maggioranza di governo già a partire dal 2010. I membri allora in carica, che erano stati nominati a febbraio e avrebbero dovuto rimanere in carica per quattro anni, furono rimossi in aprile con il fine di procedere al rinnovamento dell'organo secondo la nuova procedura, permettendo al partito Fidesz di nominare persone vicine alle posizioni della maggioranza e di controllare di fatto tanto la composizione quanto l'attività della Commissione⁵⁰.

⁴⁵ La disposizione è stata peraltro dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale ungherese con la sentenza n. 1/2013. Vedi K. Kelemen, *Hungary: voter registration declared unconstitutional*, in www.diritticomparati.it, 2013; G. Delledonne, *Constitutional courts dealing with electoral laws*, cit., 1549; N. Chronowski, *Carved in granite?*, cit., 1494.

⁴⁶ M. Steinbeis, *Hungary's Proto-Authoritarian New Constitution*, in <http://www.icconnectblog.com>, 2011.

⁴⁷ Cfr. P. Kopecký, M. Spirova, *Parliamentary Opposition in Post-Communist Democracies: Power of the Powerless*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2008, 153; J.W. Schiemann, *Hungary: The Emergence of Chancellor Democracy*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2004, 133.

⁴⁸ A. Di Gregorio, *Il costituzionalismo "malato"*, cit., 369.

⁴⁹ V. legge XXXVI del 2013 sul procedimento elettorale.

⁵⁰ M. Bánkuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *From Separation of Powers*, cit., 256; K.L. Scheppele, *Understanding Hungary's Constitutional Revolution*, cit., 120.

4.2 La funzione di indirizzo e controllo

Anche le funzioni del Parlamento sono state oggetto di puntuali modifiche, tali da influire sul ruolo e sull'attività dell'organo. Si possono innanzitutto richiamare alcune novità relative alle funzioni di indirizzo e controllo e, in generale, a quelle prerogative che rilevano rispetto al rapporto tra Parlamento e Governo. Sebbene sia stato osservato come la forma di governo ungherese sia passata sostanzialmente indenne sotto la modifica del quadro costituzionale del Paese⁵¹, nondimeno si segnalano alcune mutazioni che, in generale, vanno nel senso di un consistente rafforzamento del Governo ai danni del Parlamento.

Per quanto riguarda, in primo luogo, la formazione del Governo, un elemento di continuità è rappresentato dal fatto che il Primo ministro continua, come in passato (art. 33), ad essere eletto dal Parlamento a maggioranza assoluta su proposta del Presidente della Repubblica (art. 16)⁵²; i ministri sono invece nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Primo ministro, espressione del principio monocratico alla base della razionalizzazione della forma di governo ungherese⁵³. Tuttavia, a differenza del passato, il Parlamento non si esprime più sul programma di Governo, ma soltanto sulla persona del Primo ministro⁵⁴; manca, in altre parole, la condivisione di specifiche linee politiche tra Parlamento e Governo e, di conseguenza, la stessa possibilità per il Parlamento di esercitare la sua funzione di indirizzo politico tende a dissolversi⁵⁵. Viene invece confermata la disciplina del rapporto di fiducia, che può venire meno mediante voto di sfiducia costruttiva se il Parlamento approva una mozione di sfiducia e contestualmente elegge un nuovo Primo ministro, ovvero se il Parlamento respinge una questione di fiducia proposta dal governo (artt. 20-21)⁵⁶.

In secondo luogo, cambia la disciplina relativa alla formazione e al funzionamento delle commissioni di inchiesta. La capacità di tali organi interni del Parlamento di controllare l'azione del Governo, tradizionalmente limitata non solo in Ungheria ma in generale in tutti i Paesi dell'area⁵⁷, viene ad essere ulteriormente compressa dalle riforme approvate negli ultimi anni. L'art. 24 della legge sul Parlamento stabilisce infatti che l'istituzione delle commissioni di

⁵¹ V. A. Jakab, P. Sonnevend, *Continuity with Deficiencies*, cit., 119.

⁵² Disposizione chiaramente ispirata alla forma di governo parlamentare razionalizzata della Germania e inusuale se comparata ad altre esperienze dell'area, ove si preferisce l'investitura collegiale dell'Esecutivo; v. J. Sawicki, *Democrazie illiberali?*, cit., 62.

⁵³ V. M. Ganino, C. Filippini, A. Di Gregorio, *Presidenti, Governi e Parlamenti*, cit., 173 ss.; G.F. Ferrari, *La Costituzione dell'Ungheria*, cit., 395.

⁵⁴ Cfr. P. Smuk, *The Parliament*, cit., 136; M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese*, cit., 1022; G.F. Ferrari, *La Costituzione dell'Ungheria*, cit., 396.

⁵⁵ V. G. Romeo, E. Mostacci, *La forma di governo*, cit..

⁵⁶ Anche in questo caso le scelte del costituente ungherese sembrano fortemente ispirate alla forma di governo parlamentare razionalizzata tedesca. V. M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese*, cit., 1022; J. Sawicki, *Democrazie illiberali?*, cit., 68.

⁵⁷ Cfr. G. Ilonski, *From Minimal to Subordinate*, cit., 51; D.M. Olson, P. Norton, *Post-Communist and Post-Soviet Parliaments*, cit., 186; P. Kopecký, M. Spirova, *Parliamentary Opposition*, cit., 145.

inchiesta può essere richiesta da un quinto dei membri del Parlamento, mentre in precedenza si prevedeva che tale richiesta avrebbe comportato l'obbligo di costituire tali commissioni⁵⁸; a ciò si aggiunga che lo stesso art. 24 prevede che non è possibile istituire commissioni se lo strumento dell'interpellanza è sufficiente a chiarire la situazione oggetto di inchiesta⁵⁹.

In terzo luogo, è stata modificata la disciplina del *question time*, altro importante strumento di controllo del Parlamento sul Governo. Il regolamento parlamentare precedentemente in vigore prevedeva che un minimo di 60 minuti a settimana fosse dedicato alle domande a risposta immediata; era inoltre stabilito che la persona chiamata a rispondere fosse presente in aula, essendo la sua assenza giustificabile solo in caso di "impegno pubblico urgente"⁶⁰. La risoluzione 10 del 2014 sembra limitare fortemente gli effetti del *question time*, dal momento che modifica in senso più elastico sia la quota di tempo assegnata a tale sessione sia l'obbligo per il membro del Governo interessato di essere presente e di rispondere alle domande presentate dai parlamentari (art. 125).

Il quarto, e forse più evidente elemento di discontinuità è rappresentato, infine, dalla disciplina che riguarda il ruolo del Parlamento nell'approvazione del bilancio e nella definizione dell'indirizzo di politica economica del Paese. La partecipazione del Parlamento all'adozione del bilancio è stata anche una delle poche questioni relative alle prerogative del Legislativo che sono state oggetto di attenzione da parte delle istituzioni europee⁶¹. Le novità riguardano, da un lato, le nuove ipotesi di scioglimento anticipato dell'Assemblea e, dall'altro lato, l'introduzione e la costituzionalizzazione del Consiglio di bilancio.

La Costituzione del 2011 conferma l'ipotesi di scioglimento del Parlamento nel caso in cui non riesca ad eleggere il Primo ministro entro 40 giorni dalla proposta del Presidente della Repubblica (art. 3)⁶²; tuttavia, secondo la novità introdotta all'art. 3 della Costituzione, l'Assemblea può altresì essere sciolta nel caso in cui non approvi il bilancio dello Stato entro il 31 marzo (art. 3).

La novità preoccupa soprattutto se letta congiuntamente alla disciplina del Consiglio di bilancio, incaricato di vegliare sul rispetto delle clausole finanziarie previste dalla Costituzione (art. 44), in base alle quali il debito pubblico non può essere superiore al 50% del PIL (art. 36). Il Consiglio è un organo consultivo di carattere tecnico composto dal Presidente, nominato dal Capo dello Stato, dal Governatore della Banca centrale, anch'esso di nomina presidenziale, e dal Presidente della Corte dei conti, che invece è di nomina parlamentare. Non soltanto è previsto che il Consiglio di bilancio esamini la realizzabilità del bilancio e partecipi alla sua preparazione, ma è anche stabilito che il parere favorevole di

⁵⁸ Così l'art. 36 della Risoluzione 46 del 1994.

⁵⁹ V. P. Smuk, *On Legislative Power*, cit., 113.

⁶⁰ Così l'art. 119 della Risoluzione 46 del 1994.

⁶¹ V. G. Halmai, *An Illiberal Constitutional System*, cit., 507.

⁶² Cfr. A. Jakab, P. Sonnevend, *Continuity with Deficiencies*, cit., 119; P. Smuk, *The Parliament*, cit., 140; J. Sawicki, *Democrazie illiberali?*, cit., 63.

tale organo, relativamente al rispetto delle clausole finanziarie, è necessario affinché il bilancio stesso possa essere approvato da parte del Parlamento⁶³.

È evidente come il combinato disposto di queste norme limiti formalmente l'autonomia del Parlamento nella partecipazione alla definizione del bilancio dello Stato, dal momento che il parere sfavorevole del Consiglio può impedire al Parlamento di approvare il bilancio e, di conseguenza, può portare al suo scioglimento anticipato.

4.3 La funzione legislativa

Un ulteriore aspetto da analizzare al fine di delineare l'evoluzione del ruolo e delle funzioni del Parlamento ungherese riguarda la relazione dell'Assemblea legislativa con l'insieme delle garanzie costituzionali previste dalla Costituzione del 2011. Quest'ultimo punto è indissolubilmente legato a un altro elemento, ovvero alla posizione delle minoranze politiche nell'esercizio delle funzioni parlamentari.

In questo ambito, tra le novità più significative rientrano senz'altro quelle connesse allo svolgimento della funzione legislativa. In particolare, ciò che appare più preoccupante è l'abolizione del procedimento delle due letture dei progetti di legge. Prima dell'entrata in vigore dell'attuale legge sul Parlamento, il regolamento del 1994 prevedeva che l'analisi del disegno di legge iniziasse con un dibattito generale, seguito da un dibattito dettagliato sui singoli articoli e sugli emendamenti proposti, e, infine, dal voto finale (art. 98 e ss.). Le commissioni parlamentari permanenti avevano un ruolo limitato, poiché potevano esprimere la loro opinione solo durante il dibattito generale; inoltre, in questa stessa fase era prevista la possibilità per l'opposizione di presentare un parere separato, noto come "parere di minoranza" (art. 101).

Al contrario, secondo quanto stabilito dall'attuale legge sull'Assemblea nazionale (artt. 21 e ss.), il progetto di legge viene discusso nel dettaglio soltanto dalla commissione competente per materia. Una volta che la commissione permanente emette il suo parere e vota sugli emendamenti proposti, il testo viene immediatamente trasmesso alla Commissione per la legislazione. Quest'organo, introdotto nel sistema parlamentare ungherese dalla legge sull'Assemblea nazionale, svolge un ruolo centrale nella procedura legislativa: sulla base degli emendamenti adottati dalla commissione permanente e della propria attività

⁶³ Cfr. A. Jakab, P. Sonnevend, *Continuity with Deficiencies*, cit., 120; G. Spuller, *Transformation of the Hungarian Constitutional Court*, cit., 667; A. Tarzia, *La Costituzione finanziaria*, in G.F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, cit., 143; F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013, 53; M. Bánkuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *From Separation of Powers*, cit., 263; M. Varju, *Government, Accountability, and the Market*, in G.A. Tóth (a cura di), *Constitution for a Disunited Nation*, cit., 301 ss; A. Azzutti, *The relation between public and economic powers under the new Hungarian Economic Constitution and within the constraints of EU law*, in DPCE online, 2019, 1659 ss.

istruttoria, la Commissione prepara una sintesi degli emendamenti, che è quindi sottoposta all'Assemblea per il voto finale⁶⁴.

L'attuale disciplina del procedimento legislativo pone problemi non soltanto in relazione alla compressione del ruolo dell'Assemblea nell'esercizio della funzione legislativa, ma soprattutto per il fatto che le commissioni garantiscono un grado minore sia di rappresentatività che di pubblicità, con conseguente restrizione delle garanzie democratiche alla base del procedimento legislativo⁶⁵. La legge sull'Assemblea nazionale stabilisce soltanto che il numero dei membri delle commissioni “deve essere *preferibilmente* proporzionale al numero dei membri dei gruppi parlamentari” [enfasi aggiunta] (art. 17), non garantendo quindi la possibilità per le minoranze politiche di contribuire in maniera significativa al lavoro di tali organi. Questa disposizione, insieme alle dimensioni piuttosto limitate delle commissioni⁶⁶, le rende di fatto, come è stato sottolineato, “agenti di un esecutivo forte”⁶⁷.

Tale importante modifica è accompagnata anche dall'introduzione di nuovi strumenti che limitano la possibilità per le opposizioni di partecipare e incidere sulla produzione normativa, come il procedimento d'urgenza⁶⁸. Tale particolare *iter* legislativo era già disciplinato dalla Risoluzione del 1994 (art. 99), ma prevedeva soltanto la possibilità di accelerare l'introduzione nell'ordine del giorno di una proposta di legge. Al contrario, secondo l'art. 60 della risoluzione 10 del 2014, l'adozione del procedimento d'urgenza consente, tra l'altro, di ridurre i tempi della discussione generale e di quella dettagliata, di abbreviare i termini per la presentazione degli emendamenti e di comprimere i periodi che intercorrono tra le diverse fasi dell'*iter* legislativo.

Oltre alla nuova disciplina in materia di procedimento d'urgenza, la risoluzione 10 del 2014 ha altresì introdotto il voto bloccato (art. 61 e ss.). Tale meccanismo, se attivato, non permette all'Assemblea di modificare le proposte di legge presentate dall'Esecutivo, essendole consentito soltanto di approvare o respingere il testo preparato dalla Commissione per la legislazione⁶⁹.

Qualche critica ha destato anche lo spazio riservato dalla Costituzione alla legislazione organica. Come già in precedenza rilevato, l'ampio spazio accordato a tale strumento, soprattutto nelle materie sociali ed economiche, può avere come

⁶⁴ Cfr. Z. Sente, *How Populism Destroys Political Representation*, cit., 1613-1614; Z. Sente, *Marginalising the Parliament*, cit., 3; P. Smuk, *The Parliament*, cit., 152.

⁶⁵ C. Nikolenyi, *Strong Governments Make Strong Committees? Committee Composition and Decision-Making in the Hungarian Parliament, Paper prepared for presentation at the workshop on Institutional Determinants of Legislative Coalition Management*, 2015.

⁶⁶ La più piccola, la Commissione sulla sicurezza nazionale, è composta da 7 membri, mentre le quattro più grandi sono le commissioni Economia, Bilancio, Cultura e Welfare, ognuna formata da 15 componenti. V. <https://www.parlament.hu/en/web/house-of-the-national-assembly/standing-committees>.

⁶⁷ C. Nikolenyi, *Strong Governments Make Strong Committees?*, cit., 3.

⁶⁸ V. Z. Sente, *How Populism Destroys Political Representation*, cit., 1615; Z. Sente, *Marginalising the Parliament*, cit., 4.

⁶⁹ V. Z. Sente, *How Populism Destroys Political Representation*, cit., 1614; Z. Sente, *Marginalising the Parliament*, cit., 4.

conseguenza un irrigidimento eccessivo della produzione normativa in settori che invece dovrebbero essere soggetti alla naturale evoluzione degli indirizzi politici, ad un tempo mortificando la possibilità per l'opposizione di avere un'influenza in tali materie e bloccando potenzialmente l'attività del Parlamento nelle legislature a venire⁷⁰.

4.4 Parlamento e giustizia costituzionale

La compressione del ruolo delle minoranze politiche non è limitata alla sua partecipazione al procedimento legislativo; in tal senso, il rapporto con la Corte costituzionale rappresenta senz'altro una delle novità più preoccupanti.

In questo ambito, un primo elemento di interesse riguarda il diritto delle minoranze di ricorrere alla Corte costituzionale. La richiesta di controllo preventivo è consentita soltanto al Presidente della Repubblica e al Parlamento su proposta del Governo, del Presidente del Parlamento o del proponente del progetto di legge, ciò che di fatto rischia di politicizzare il ruolo della Corte, il cui intervento *ex ante* risulta a disposizione della maggioranza politica⁷¹. Al contrario, il controllo successivo è attivabile dal Governo, dal Presidente della Curia, dal Procuratore generale, dal Commissario per i diritti fondamentali e da 1/4 dei membri del Parlamento; è stato rilevato come tale previsione, pur prevedendo la possibilità per le minoranze parlamentari di adire la Corte, risulti in realtà inefficace alla luce del sistema politico ed elettorale ungherese, vista la difficoltà nel coagulare un insieme di parlamentari sufficiente per richiedere l'intervento della Corte⁷².

Altrettanto fondamentale con riguardo al ruolo delle minoranze e al rapporto con la Corte costituzionale è la disciplina relativa alla composizione di quest'ultima. Secondo la Costituzione del 1949, i giudici della Corte venivano proposti da una Commissione parlamentare formata da un membro per ogni partito ed eletti dall'Assemblea a maggioranza dei due terzi (art. 32/A). La Costituzione del 2011 prevede invece che la Commissione di nomina sia composta in maniera proporzionale alle forze politiche rappresentate in Assemblea, limitando la possibilità per le opposizioni di incidere sulla composizione dell'organo di garanzia della Costituzione e permettendo al contrario alle maggioranze politiche di "catturare" la Corte costituzionale (art. 24)⁷³.

⁷⁰ Cfr. A. Jakab, P. Sonnevend, *Continuity with Deficiencies*, cit., 122; M. Mazza, *Il sistema delle fonti del diritto*, in G.F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, cit., 46; ; M. Bánkuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *From Separation of Powers*, cit., 267; P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument*, cit., 78 ss.

⁷¹ V. M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese*, cit., 1024.

⁷² Cfr. A. Jakab, P. Sonnevend, *Continuity with Deficiencies*, cit., 123; M. Steinbeis, *Hungary's Proto-Authoritarian New Constitution*, cit.; M. Bánkuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *From Separation of Powers*, cit., 260; O.W. Lembck, C. Boulanger, *Between Revolution and Constitution: The Roles of the Hungarian Constitutional Court*, in G.A. Tóth (cur.), *Constitution for a Disunited Nation*, cit., 296; P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument*, cit., 91 ss.

⁷³ M. Bánkuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *From Separation of Powers*, cit., 248 ss; L. Sólyom, *The Rise and Decline*, cit., 22.

5. Quanto democratiche sono le democrazie illiberali?

Ci si può dunque chiedere, in conclusione, quanto democratica sia la democrazia illiberale ungherese. Questa domanda parte ovviamente da un utilizzo in senso restrittivo del termine democrazia; in realtà, il nodo che si cela dietro la questione è capire se, ed eventualmente in che modo, il processo di regressione costituzionale alla base dell'affermazione delle democrazie illiberali sia in grado di incidere non soltanto sul circuito delle garanzie, ma anche su quello della decisione politica, e in particolare sul Parlamento e sul parlamentarismo alla base del costituzionalismo europeo.

Se riprendiamo in considerazione le ipotesi proposte all'inizio di questo contributo, la conclusione pare essere nel senso che, in effetti, le riforme messe in atto in Ungheria sembrano ridimensionare ruolo e funzione del Parlamento.

Il rapporto tra Parlamento e cipro elettorale viene modificato sia dalla nuova legge elettorale che dalla rinnovata disciplina del referendum, le quali finiscono per trasformare in senso plebiscitario gli istituti di democrazia diretta e per sovradimensionare il principio maggioritario in quelli di democrazia rappresentativa.

Il rapporto tra Parlamento e altri poteri politici, e in particolare il Governo, è a sua volta oggetto di importanti tensioni; la difficoltà per il Parlamento di partecipare all'elaborazione dell'indirizzo politico ed economico del Paese e la compressione dell'attività di controllo in senso stretto da parte del Legislativo sull'Esecutivo mostrano con chiarezza una tendenza verso una sempre più netta subordinazione del Parlamento nei confronti del Governo.

Il rapporto, infine, tra Parlamento e sistema delle garanzie costituzionali sembra essere rivisto soprattutto con riguardo alla posizione delle minoranze politiche nell'esercizio delle funzioni parlamentari. In questo ambito, tanto nell'attività legislativa ordinaria che in quella organica e financo nella possibilità di adire la Corte costituzionale e nel procedimento di nomina della Corte stessa, la posizione dell'opposizione appare sempre più recessiva rispetto a quella della maggioranza politica.

Se è vero che l'evoluzione costituzionale in atto nel Paese dal 2010 ha messo in discussione il ruolo e le funzioni del Parlamento magiaro, è utile in conclusione procedere con qualche puntualizzazione al fine di contestualizzare tale affermazione e cogliere l'impatto della regressione costituzionale nel sistema parlamentare ungherese.

Se volgiamo lo sguardo al passato, si può osservare come dall'entrata in vigore della Costituzione del 1949 la posizione del Parlamento sia stata sempre caratterizzata da una sorta di ambiguità. Da un punto di vista formale, l'Assemblea legislativa è sempre stata considerata quale organo supremo del potere statale; tuttavia, da un punto di vista sostanziale, il suo ruolo è stato a lungo marginale⁷⁴. Dopo la caduta del regime comunista, a partire dal 1989, il primato dell'Assemblea è stato riaffermato ma, allo stesso tempo, sono stati messi a punto alcuni strumenti

⁷⁴ J. Sawicki, *Democrazie illiberali?*, cit., 15.

volti a limitarne il ruolo: da una parte, la razionalizzazione della forma di governo ha rafforzato il potere dell'esecutivo; dall'altra parte, sono stati previsti una serie di meccanismi con il chiaro intento di limitare il potere delle maggioranze⁷⁵.

Ancora oggi, non pochi studiosi osservano che il sistema costituzionale ungherese è “fondato sull'assoluta sovranità parlamentare”⁷⁶ ed è caratterizzato dalla “mancanza di contrappesi al potere del Parlamento”⁷⁷. Tali ultime considerazioni sono, tuttavia, solo parzialmente corrette. È infatti possibile sostenere che la sovranità assoluta sopra menzionata non può riferirsi al Parlamento nel suo insieme, ma piuttosto alla super-maggioranza parlamentare che ne decide gli orientamenti operando come agente del Governo. Allo stesso modo, si dovrebbe considerare la mancanza di contrappesi al potere parlamentare, in maniera più circoscritta, come mancanza di contrappesi al potere della super-maggioranza⁷⁸.

Il Parlamento ungherese si trova dunque, ancora una volta, in una posizione ambigua, la quale risulta peraltro indissolubilmente connessa all'attuale situazione politica. È infatti necessario sottolineare che una possibile, anche se attualmente improbabile, futura flessione dei risultati elettorali del partito Fidesz e, di conseguenza, un'evoluzione nella composizione del Parlamento, potrebbe rendere il funzionamento dell'Assemblea molto complesso. Senza un partito – o una forte coalizione – in grado di occupare una super-maggioranza di seggi, il Parlamento sarebbe infatti bloccato, non essendo tra l'altro in grado di approvare o modificare le leggi cardinali e di votare per il rinnovo dei membri di molti organismi di garanzia. In questo caso, la debolezza di fatto del Parlamento e la sua posizione recessiva nella vita costituzionale e politica del Paese diverrebbero del tutto evidenti.

Certamente la debolezza dei Legislativi rispetto agli Esecutivi non è una caratteristica esclusiva dell'Ungheria e, più in generale, delle democrazie illiberali. L'esigenza (talvolta retorica) di avere Governi forti in grado di assumere decisioni in maniera rapida ed efficace e la mancanza di fiducia nelle istituzioni rappresentative come attori in grado di fornire soluzioni alle sfide odierne orientano sempre più spesso e in un numero crescente di ordinamenti tanto la prassi costituzionale quanto le scelte alla base delle recenti riforme costituzionali⁷⁹.

Tuttavia, in Ungheria la compressione del ruolo del Parlamento sembra essere fondata su motivazioni peculiari ed assai più preoccupanti. La Costituzione del 2011 e la legislazione organica e ordinaria analizzata in questo contributo hanno disegnato un Parlamento adatto ad operare in un panorama politico omogeneo, riflesso di una società a sua volta omogenea, in cui, secondo le

⁷⁵ M. Bánkuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *From Separation of Powers*, cit., 244 ss.

⁷⁶ L. Sólyom, *The Rise and Decline*, cit., 18.

⁷⁷ P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument*, cit., 35.

⁷⁸ Tra gli altri, sottolineano la perdita di importanza del Parlamento ungherese Z. Szenté, *How Populism Destroys Political Representation*, cit., 1618; F. Musella, *Constitutional Change in Presidentialised Regimes. Paths of Reform in Hungary and Italy*, in *DPCE online*, 2019, 1451 ss.

⁷⁹ F. Musella, *Constitutional Change*, cit., 1451 ss.

dichiarazioni dello stesso Primo ministro Orbán, “un grande partito al governo emergerà al centro della scena politica [e] sarà in grado di determinare la politica nazionale, non attraverso dibattiti costanti, ma attraverso una rappresentazione naturale degli interessi”.

La regressione costituzionale in atto in Ungheria ha dunque compromesso, sulla base dei cambiamenti formali al quadro costituzionale e normativo, ma anche dalla realtà e dalla contingenza politica, i principi del parlamentarismo, modificando le regole e le prassi del sistema parlamentare ungherese. Il rischio, tutt’altro che remoto, è che tale evoluzione venga imitata in altri ordinamenti⁸⁰, portando a una crisi generalizzata e patologica del parlamentarismo e a un’ulteriore recessione del costituzionalismo a vantaggio della democrazia illiberale.

⁸⁰ Sottolinea il pericolo di imitazione, riferendosi in generale ai fenomeni di regressione costituzionale di Ungheria e Polonia, A. Di Gregorio, *Il costituzionalismo “malato”*, cit., 393.

L'inchiesta Lava-Jato e l'instabilità governativa in America Latina. Verso una nuova frontiera del controllo parlamentare sui Presidenti?

di Jacopo Paffarini

Abstract: The Lava-Jato investigation and the governmental instability in Latin America. Toward a new pattern of the parliamentary control over the Presidents? – Anti-corruption investigations have always been one of the main causes of political crises in Latin America. However, the last episodes of presidential removal have shown a new activism of the parliaments, which have re-interpreted the constitutional provisions on impeachment proceedings in order to legitimize a change in the governmental agenda. This practice affects the balance between the two representative powers, as it fails to observe the limits of the presidential accountability and paves the way to new instabilities.

2935

Keywords: Coalitional Presidentialism; Presidential Accountability; Anti-corruption investigations; Lava-Jato; Impeachment.

1. Premessa. La fine del “ciclo progressista” in America Latina?

L'instabilità governativa che ha colpito diversi paesi dell'America Latina negli ultimi tre anni merita particolare attenzione per la similarità delle cause da cui ha avuto origine e per le forti tensioni che ha innescato tra i poteri costituzionali. L'*incipit* di questa congiuntura è corrisposto con la fine del “ciclo progressista” (che aveva portato i partiti della *izquierda* al governo di quasi tutti i paesi della regione) e con la riduzione dei margini di crescita delle economie. La svolta neoliberista ha avuto inizio nel dicembre 2015 con l'inaugurazione della Presidenza di Mauricio Macri in Argentina¹, è poi seguita con la diffusione di esecutivi che hanno imposto una linea radicalmente contraria rispetto alle manovre di bilancio espansive promosse dal “*desarrollismo*” di inizio secolo². Il principale elemento di convergenza dei promotori dell'*austerità* è rappresentato dai costi delle infrastrutture e delle

¹ Il 22 novembre 2015 la candidatura di Mauricio Macri si è imposta al ballottaggio su quella del peronista Daniel Scioli, mentre nel paese cresceva il clima di ostilità nei confronti della precedente classe politica dopo la pubblicazione dei contenuti dall'indagine conosciuta con il nome “*Cuadernos de las coimas*” (“Quaderni delle tangenti”). Macri è stato il primo Presidente democraticamente eletto in Argentina non appartenente né al partito centrista (*Unión Cívica Radical*) né al *Partido Justicialista* fondato da Juan Domingo Peron.

² Per un'analisi critica delle recenti esperienze di governo in America Latina, v. A. Somma, *Il diritto latinoamericano tra svolta a sinistra e persistenza dei modelli neoliberali*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2018, 58-80.

imprese a partecipazione pubblica, ritenute troppo colluse con la classe politica per poter svolgere un'attività economica senza creare perdite a discapito dei cittadini.

È stato da più parti segnalato che il consenso intorno a tale posizione è cresciuto di pari passo agli sviluppi delle inchieste anticorruzione avviate dalla magistratura ordinaria. Le procure infatti hanno usato ampiamente i media per offrire all'opinione pubblica una dettagliata ricostruzione delle presunte trame di connivenza illecita che negli ultimi quindici anni avrebbero unito i partiti di governo sudamericani e i dirigenti delle più importanti imprese concessionarie di appalti nei settori strategici dell'energia e delle infrastrutture³.

L'indagine *Lava-Jato* costituisce il caso sicuramente più interessante ed emblematico di questa tendenza. Il procedimento ha avuto origine in Brasile dalla Procura di Curitiba in un momento in cui il paese iniziava ad entrare in una congiuntura economica sfavorevole, che ha messo fine ad un decennio di crescita del prodotto interno lordo. I primi risvolti processuali sono arrivati per mezzo degli accordi di collaborazione siglati tra il *Ministério Público* e i principali imputati originari – i dirigenti delle multinazionali O.A.S., Odebrecht e Petrobras – nonostante la regolarità dei patti sia stata contestata alla luce dei chiari segnali di supporto e di indirizzo alle attività inquirenti da parte del giudice dell'istruzione della causa⁴. Le deposizioni sono servite ad ipotizzare l'esistenza, in Brasile e in altri paesi, di una rete di contatti finalizzata al finanziamento illegale di campagne elettorali, che sarebbe stato poi ripagato con la concessione di appalti.

A partire da queste ultime vicende una parte consistente della letteratura ha rilevato un cambiamento dei termini del confronto tra la magistratura e la classe politica⁵. In alcuni casi è stata avanzata una lettura che sostiene l'esistenza di una dinamica riflessiva tra il ricorso al “diritto penale del nemico”⁶ e i profili di eccezionalità emersi a livello del diritto costituzionale⁷. Il caso *Lava-Jato* ha

³ F. Kerche; J. Feres Júnior, *Operação Lava-Jato e a democracia brasileira*, San Paolo, 2018; V. Teixeira Zanin Martins; C. Zanin Martins; R. Valim, *Lawfare. Uma introdução*, São Paulo, 2019, 51-67.

⁴ Si fa riferimento alle conversazioni intervenute tra il Pubblico Ministero Dallagnol e il giudice della causa Sergio Moro – in seguito, Ministro della Giustizia per il governo Bolsonaro – che sono state pubblicate nel sito *Intercept Brasil*. I dialoghi dimostrerebbero che quest'ultimo ha costantemente esortato e indirizzato l'accusa nella ricerca di prove, esprimendo una chiara avversità nei confronti di alcuni imputati. Si veda l'archivio al sito: <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>

⁵ Per la dottrina brasiliana si vedano i seguenti contributi: J. Tavares; G. Prado, *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito: Análise de casos*, Florianópolis, 2016; V. Teixeira Zanin Martins; C. Zanin Martins; R. Valim (Eds), *O caso Lula. A luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil*, San Paolo, 2017. Tra gli Autori italiani si vedano i contributi di M. Tarpani, *La corruzione e l'etica pubblica alla prova delle istituzioni: corsi e ricorsi di un istituto dimezzato nella questione brasiliana*, in *DPCE online*, 1, 2017; S. Giannello, *L'(ir)responsabilità giuridica del Presidente brasiliano: il consolidamento di un paradigma costituzionale latinoamericano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2018, 423-452; i commenti di A. Ciammariconi, Luiz Guilherme Arcaro Conci e Márcio Cammarosano in merito al “caso Lula” apparsi in *DPCE online*, 2, 2018.

⁶ Si fa chiaramente riferimento alla teoria di Gunther Jakobs, la quale ha riscosso un forte successo nei paesi latinoamericani, v. G. Jakobs e M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006.

⁷ In questo senso, si veda l'allusione al “diritto costituzionale del nemico” di M. Carducci, *Costituzionalismo emancipatorio e “ciclo progressista” in America Latina*, in *Diritto Pubblico*

dunque segnato un momento cruciale della vita di alcune importanti democrazie sudamericane, mettendo a dura prova la capacità dei Parlamenti di dare una risposta alla crisi di credibilità abbattutasi sulla classe politica. Dopo più di un decennio di stabilità governativa l'America Latina sembra tornata allo scenario dell'inizio degli anni novanta, in cui gli scandali legati alla gestione di fondi pubblici portarono alla caduta di diversi Presidenti, anche grazie all'azione dei media e alle mobilitazioni della società civile⁸. Da tali esperienze del passato hanno avuto origine le riforme volte a dare maggiore autonomia alla magistratura, nonché la razionalizzazione del rapporto tra legislativo e gabinetto ministeriale con l'introduzione del legame di fiducia in dodici paesi. Nell'ultimo periodo, tuttavia, sono stati proprio questi due aspetti dell'assetto dei poteri ad aver dato luogo alle maggiori problematiche, riportando all'attenzione la necessità di garantire delle effettive valvole di sfogo alle tensioni politiche.

Le ultime crisi presidenziali mostrano un rinnovato protagonismo dei Parlamenti che offre l'opportunità di un'osservazione critica sul rendimento dei sistemi di governo della regione. A tal scopo verranno prese in considerazione alcune circostanze singolari che hanno caratterizzato l'interruzione dei mandati di Dilma Rousseff in Brasile, Pedro Kuczynsky in Perù e Jorge Glas in Ecuador: rispetto a tali casi i dubbi della dottrina si sono concentrati sulle vistose deroghe alla disciplina costituzionale delle immunità penali e della responsabilità presidenziale. Più precisamente, un confronto tra le vicende mette in luce una forte analogia nelle cause – il coinvolgimento a vario titolo degli esponenti dell'esecutivo nelle dichiarazioni dei collaboratori dalla *Lava-Jato* – e delle dinamiche parlamentari che hanno determinato l'instabilità governativa. Le somiglianze su cui si intende richiamare l'attenzione sono: in primo luogo, una coordinazione tra le accuse sostenute dai Congressi e gli atti di indagine della magistratura inquirente; in secondo luogo, la rottura delle alleanze o – come nel caso peruviano – della tregua tra forze politiche che aveva inaugurato il mandato presidenziale, seguita dalla nascita di nuove coalizioni; in ultimo, un'evoluzione interpretativa in merito ai dispositivi costituzionali riguardanti la responsabilità del Capo di Stato e del suo Vice.

Gli episodi selezionati segnalano un avanzamento, in via di fatto, delle frontiere costituzionali che delimitano l'area del controllo parlamentare, mettendo

Comparato ed Europeo, 1, 2018, 110-125. Sullo stesso profilo, per la dottrina brasiliana, v. R. Valim, *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*, São Paulo, 2017. Sul versante peruviano, avanza la tesi dell'eccezionalità della contingenza costituzionale F. J. Eguiguren Praeli, *La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente: ¿otro paso hacia la "parlamentarización" de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más?*, in *Pensamiento Constitucional*, 22, 2017, 80-81.

⁸ Si ricordano, in tal senso, l'*impeachment* del Presidente brasiliano Collor nel 1992, la condanna di Carlos Andrés Pérez da parte della Corte Suprema del Venezuela nel 1993 e il *juicio político* contro il Presidente colombiano Samper nel 1998. Rispetto al ruolo della magistratura e dell'opinione pubblica in tali vicende, v. A. Pérez-Liñán, *Presidential Impeachment and the New Political Instability*, New York, 2007, 63: "the press can investigate accusation of corruption or abuse of power, ultimately providing the reason to initiate an impeachment procedure, while social movements may activate popular mobilization, destabilize government, and ultimately force legislative action against the executive".

in evidenza i limiti delle ultime riforme dei rapporti tra potere esecutivo e legislativo che erano già stati segnalati dalla letteratura⁹. Nel presente contributo, pertanto, si intende indagare se, ed in qual misura, si può parlare di un avvicinamento dei presidenzialismi della regione alle esperienze parlamentari dell'Europa occidentale, a partire da un certo “pragmatismo politico” riscontrato nel funzionamento dei contrappesi posti a custodia della separazione dei poteri.

2. Il presidenzialismo di coalizione e le peculiarità del sistema latinoamericano dei checks and balances

Le transizioni democratiche della fine del secolo scorso in America Latina hanno dato vita a presidenzialismi dagli equilibri istituzionali inediti il cui rendimento è stato significativamente condizionato dall'ampio ricorso alle funzioni legislative dei Capi di Stato, come la decretazione d'urgenza e l'iniziativa in materia di revisione costituzionale¹⁰. La separazione rigida dei poteri, ispirata dall'archetipo statunitense, si è tradotta in un predominio della funzione esecutiva fin dagli inizi delle esperienze repubblicane. Si è trattato di un processo che ha contato con il concorso favorevole di due fattori di instabilità tipici della regione iberoamericana: una debole coesione delle formazioni politiche¹¹ e la disomogeneità del modello federalista¹².

Il quadro economico caratterizzato da forti asimmetrie territoriali e la tradizionale propensione alla lottizzazione delle cariche hanno favorito la diffusione del modello di “presidenzialismo di coalizione”, il cui prototipo è maturato in seno all'esperienza brasiliana avviata con la *Constituição Cidadã* del 1988¹³. Da ultimo, ad esempio, si osservi la “svolta messicana” compiuta con la

⁹ Si veda la classificazione dei presidenzialismi latinoamericani elaborata da J. Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, Mexico, 2007. Dello stesso A. si veda J. Carpizo, *México: ¿sistema presidencial o parlamentario?*, in D. Valadés; J. María Serna (Eds.), *El gobierno en América Latina. ¿Presidencialismo o parlamentarismo?*, México, 2000, 11-46. Per ulteriori approfondimenti sul tema si segnalano: C. Santiago Nino, *Ideas and Attempts at Reforming the Presidentialist System of Government in Latin America*, in A. Lijphart (ed.), *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford, 1994, 128-132; D. Valadés, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, México, 2008; G. Enríquez Fuentes, *Parlamentarización*, in L. Pegoraro (Ed), *Glosario de Derecho público comparado*, México, 2012, 301.

¹⁰ Per un quadro comparativo, v. J.A. Cheibub; Z. Elkins; T. Ginsburg, *Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective*, in 89, *Tex. L. Rev.*, 1707-1737 (2011); D. Nohlen, *Principio mayoritario y regímenes presidenciales en América Latina*, in 171, *Revista de Estudios Políticos*, 41-70 (2016). Sull'esperienza brasiliana, v. R. Orrù, *Il “presidenzialismo di coalizione brasiliano”: dall' “abuso” all' “uso” dei decreti d'urgenza (medidas provisórias)?*, in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 3, 2008, 1411.

¹¹ M. Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, 1980, 615-626.

¹² A. B. Benito Sánchez, *La representación no programática: política particularista en democracias contemporáneas*, in L. M. Ruiz Rodríguez (a cura di), *Percepciones y actores de la representación política en América Latina*, Barcelona, 2017, 107-130. Si veda anche la sezione monografica coordinata da G. Pavani y V. Sulet Cock, *Las tendencias del Estado Federal en Latinoamérica*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 23, 2018.

¹³ G. Passarelli, *Brasile. Il presidenzialismo di coalizione*, in S. Vassallo (a cura di), *Sistemi politici comparati*, Bologna, 2016, 346. Il concetto di “presidenzialismo di coalizione” fu descritto per la prima volta dal politologo brasiliano S. Abranches, *Presidencialismo de coalizão: o dilema*

riforma costituzionale del 2014, che riconosce e disciplina gli accordi di coalizione superando l'informalità con la quale gli ultimi Presidenti eletti avevano posto fine alla tradizione degli "esecutivi monocolori"¹⁴.

La coalizione è dunque divenuta il baricentro del potere governativo nella regione iberoamericana nella misura in cui la transizione alla democrazia ha ridotto progressivamente l'incidenza dei governi monopartitici o a egemonia di un solo partito. Tuttavia, questa tendenza è stata considerata anomala per un pregiudizio che vede le coalizioni come un fattore di instabilità nei contesti dominati dall'elezione diretta del Capo di Stato¹⁵. Dall'altra parte, tuttavia, vi sono state delle letture del fenomeno in senso completamente opposto e che hanno riconosciuto una maggiore longevità delle coalizioni nell'ambito dei presidenzialismi piuttosto che nei contesti parlamentari¹⁶. In tutti i casi la crescente condivisione delle funzioni di indirizzo politico tra Presidenti e assemblee legislative si è tradotta in un ampliamento delle funzioni di controllo dei Parlamenti: un dato che fa dell'America Latina un vero e proprio "laboratorio istituzionale"¹⁷.

La razionalizzazione dei *frenos y contrapesos* ha in realtà perseguito l'obiettivo di ridurre l'instabilità governativa: in quattordici costituzioni è stata introdotta l'interrogazione parlamentare dei ministri, in dodici è stata disciplinata la mozione di sfiducia contro i membri del gabinetto, mentre in Perù, Venezuela e Uruguay è previsto lo scioglimento presidenziale dei Parlamenti in caso di conflitto con la linea del Governo¹⁸.

La dottrina comparatistica ha avanzato diverse letture a proposito delle innovazioni avvenute negli ultimi due decenni, in alcuni casi interpretandole come

institucional brasileiro, in *Dados*, 1, 1988, 5-34. Tra le più recenti riflessioni, si veda, P. Chaisty; N. Cheeseman; T.J. Power, *Coalitional Presidentialism in Comparative Perspective. Minority Presidents in Multiparty Systems*, Oxford, 2018.

¹⁴ Si fa riferimento al nuovo art. 89, XVII, della Costituzione messicana, che parla esplicitamente di "*gobierno de coalición*". La riforma costituzionale del 2014, di fatto, formalizza una pratica politica perfezionata, più recentemente, dall'ex Presidente Enrique Peña Nieto, che nel 2012 firmò un patto con i leader di tre partiti rappresentati nel Congresso, il cui contenuto descriveva un programma di governo articolato in 95 punti divisi in 5 articoli. La dottrina costituzionale messicana ha tuttavia indentificato il principale difetto di questi accordi informali nel fatto che avrebbero potuto vincolare solamente i leader firmatari e non i parlamentari affiliati al partito. Per questo motivo si è parlato di "*coalición imperfecta*" e si è deciso di introdurre una disciplina costituzionale specifica. Sul punto, v. D. Valadés, *El gobierno de gabinete y los gobiernos de coalición*, Messico, 2018, 185 e ss. Per la dottrina italiana, v. R. Tarchi, *La forma di governo del Messico: dal presidenzialismo imperiale alla "parlamentarizzazione" del presidenzialismo?*, in *DPCE online*, 4, 2017, 887-924.

¹⁵ Tra i molteplici contributi, si veda S. Mainwaring; M. Shugart, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, New York, 1997; J. Linz; Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation*, Baltimore, 1996 e, da ultimo, A. Pérez-Liñán, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, cit.

¹⁶ J.A. Cheibub, *Presidentialism, Parliamentarism and Democracy*, Cambridge, 2007, 79 e ss.

¹⁷ J. Garcia Roca, *Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo*, in *Teoría e Realidad Constitucional*, 38, 2016, 61-99.

¹⁸ Sul punto, v. J.J. Orozco Henríquez, D. Zovatto, *Alcance de los poderes Presidenciales en los países latinoamericanos*, in A. Ellis, J.J. Orozco Henríquez, D. Zovatto (ed.), *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*, Mexico, 2009, 90-91.

una “parlamentarizzazione” dei sistemi presidenziali latinoamericani¹⁹, in altri, piuttosto, come il segnale iniziale di una transizione verso un semipresidenzialismo vero e proprio²⁰. Tuttavia, il successo di tali riforme è stato solamente parziale, come dimostrano le crisi che solo negli ultimi sei anni hanno portato tre Presidenti (Lugo in Paraguay, Rousseff in Brasile e Kuczynski in Perù) e un Vice-Presidente (Glas in Ecuador) a terminare anticipatamente il proprio mandato. Di questi casi, gli ultimi tre si inseriscono in un contesto di instabilità determinato dall’inedita estensione assunta dalle indagini per corruzione contro la classe politica: in particolare quelle relative agli appalti concessi all’impresa Odebrecht, in cui le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia sono risultate decisive.

3. L’inchiesta Lava-Jato all’origine dell’impeachment di Dilma Rousseff in Brasile

Il primo caso ascrivibile a tale tendenza è rappresentato dal controverso processo di *impeachment* che ha portato alla rimozione di Dilma Rousseff dalla Presidenza della Repubblica del Brasile. Per descrivere questa vicenda diversi esponenti del mondo accademico brasiliano hanno usato il termine “golpe legislativo”²¹ alludendo al fatto che la messa in stato d’accusa, più che l’accertamento dei fatti oggetto della denuncia, ha avuto come effetto la creazione di una nuova coalizione di Governo dominata dalle formazioni politiche uscite sconfitte dalle elezioni presidenziali del 2014.

La presa di posizione del Congresso contro la ex-Presidente è stata favorita dall’indebolimento elettorale del *Partido dos Trabalhadores* (PT), che ha anticipato lo sganciamento dalla coalizione del più importante alleato per numero di seggi occupati in Parlamento: il *Partido do Movimento Democrático Brasileiro* (PMDB). La *coligação eleitoral* che aveva sostenuto i tre precedenti esecutivi a guida PT (due di Lula e uno della Rousseff) ha sofferto infatti una riduzione dei consensi alle elezioni del 2014, tanto che si è reso necessario l’allargamento della base parlamentare di sostegno al Governo, che è arrivata a contare nove partiti.

È stato osservato che in queste circostanze il rendimento del presidenzialismo brasiliano risulta equiparabile alle esperienze dei parlamentarismi multipartitici o multipolari, in cui la stabilità del Governo viene spesso assicurata dalla cessione di ruoli chiave dell’esecutivo agli alleati in Parlamento²². Oltre che per la suddivisione dei ministeri e delle dirigenze della

¹⁹ D. Valadés, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, cit.

²⁰ L. Pegoraro, *América Latina como categoría y objeto de comparación*, in *Dir. Pub. Comp. e Eur.*, 1, 2018, 92-93.

²¹ I. Jinkings, K. Doria, Cleto, Murilo (cur.), *Por que gritamos ao golpe? Para entender o impeachment e a crise política no Brasil*, São Paulo, 2016. Tra i vari commenti usciti sulla stampa internazionale, v. Laura Carvalho, *The Ousting of Brazilian President Dilma Rousseff Constitutes a Coup*, in *The New York Times*, 18 aprile 2016.

²² S. Mainwaring, *Robust Federalism, and Presidentialism in Brazil*, in S. Mainwaring, M.S. Shugart (Eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, New York, 1997, 69-74 e 106: “*Presidents in Brazil have tottered between the two poles; they dominate decision-making power, yet when their political base erodes, they cannot implement major reforms*”.

pubblica amministrazione, la coalizione è determinante nella definizione dei candidati alle più importanti funzioni elettive: dal 1988 tutti i Presidenti brasiliani – tranne Jair Bolsonaro – hanno avuto come vicario un esponente di un partito alleato. Quest’ultimo aspetto è in grado di produrre un ulteriore e singolare effetto distorsivo sul funzionamento della forma di governo del paese: l’*impeachment* si candida a divenire lo strumento con cui un partito minore della coalizione consegue la “sostituzione” di un Presidente che non gode di buone relazioni o che non riesce a far passare le sue proposte in Congresso. In tal senso, nel caso in esame, un primo passo verso la metamorfosi della coalizione è avvenuto con la presentazione del programma di governo “*Un ponte verso il futuro*” da parte dall’allora Vicepresidente Michel Temer (PMDB) in una conferenza stampa tenutasi a Brasilia quando ancora il procedimento contro la Rousseff non era iniziato²³.

L’esecutivo della Rousseff è caduto sotto la pressione delle inchieste anticorruzione iniziate con le deposizioni dei dirigenti della Petrobras e della Odebrecht, che hanno accettato di collaborare con la magistratura in cambio di importanti sconti di pena. L’*impeachment* è stato dunque invocato dalla maggioranza dei parlamentari in nome della legalità nella gestione dei fondi pubblici nonostante la Rousseff non sia stata mai sottoposta formalmente ad indagine e, soprattutto, gli illeciti perseguiti dall’inchiesta *Lava-Jato* non corrispondono ai “crimini di responsabilità” previsti dall’art. 85 della Costituzione Federale. Nel dibattito parlamentare sulle accuse mosse contro la Rousseff è stato fatto frequente richiamo alle deposizioni dei collaboratori di giustizia che la Procura di Curitiba aveva usato per dare fondamento alle accuse contro l’ex Presidente Lula e i compagni di partito della Rousseff. La sovrapposizione tra il materiale probatorio – tra l’altro non ancora dibattuto in giudizio – e l’accertamento dei *crimes de responsabilidade* ha fatto in modo che l’*impeachment* venisse opportunisticamente presentato all’opinione pubblica come una battaglia decisiva della guerra alla corruzione. Tuttavia, dopo l’esclusione delle accuse di intralcio alla giustizia avanzate nella denuncia iniziale, la commissione speciale della Camera dei Deputati ha deciso di procedere contro la Presidente per un’ipotesi di illecito contro la legge di bilancio (le c.d. pedalate fiscali²⁴). Il Congresso ha dunque accolto la ricostruzione degli accusatori, ritenendo colpevole

²³ Si veda la notizia alla pagina web dell’agenzia nazionale di stampa *Agencia Brasil*: agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-10/pmdb-critica-excessos-economicos-do-governo-e-aumento-de-impostos.

²⁴ La locuzione “pedalata fiscale” è stata coniata per indicare un espediente contabile che consiste nel ritardare l’uscita dalle casse del Tesoro Nazionale dei fondi destinati a coprire le somme anticipate dalle banche pubbliche in esecuzione dei piani di investimento dello Stato. Questa operazione avviene contestualmente alla presentazione del bilancio consuntivo dello Stato, nel quale, dunque, le cifre interessate appaiono ancora a disposizione dell’esecutivo nonostante siano già state impegnate. Nel caso brasiliano la commissione del Senato incaricata di analizzare la denuncia di *impeachment* ha concluso che l’operazione avrebbe permesso al Governo di mantenere i programmi di spesa sociale ed economica senza ricorrere a prestiti per i quali sarebbe stata necessaria l’autorizzazione del Congresso. Gli accusatori di Dilma Rousseff hanno dunque identificato in questa pratica un disegno per eludere le funzioni di controllo che spettano ai parlamentari.

la Rousseff per aver fittiziamente creato un surplus nei conti pubblici al fine di dare copertura a due decreti di spesa, eludendo la necessaria autorizzazione dell'assemblea legislativa.

L'esito del processo di *impeachment* è stato sottoposto a dure critiche per la strumentalizzazione delle norme sulla presentazione del bilancio e per la mancanza di prove che coinvolgessero personalmente la Rousseff nella *pedalada fiscal*. Sotto il primo aspetto, è stato rilevato che il ritardo del trasferimento di denaro tra due enti pubblici – sebbene possa essere qualificato come un'infrazione amministrativa – non costituisce un'operazione di credito per la quale è richiesta l'approvazione del Congresso. A sostegno di questa interpretazione deve essere richiamata la costante giurisprudenza del *Tribunal das Contas da União* che ha avallato manovre identiche in occasione dell'esame dei bilanci annuali presentati dai cinque esecutivi precedenti. Sul secondo profilo, occorre anzitutto ricordare che l'*impeachment* nell'ordinamento brasiliano è rivolto all'accertamento di responsabilità derivanti da condotte dolose, non potendosi affermare la legittimità di una condanna fondata su imputazioni a titolo di colpa (anche grave)²⁵. In tal senso, come riconosciuto dalla stessa perizia tecnica disposta dal Senato, il processo non ha prodotto prove sul fatto che i decreti presidenziali di spesa siano stati emessi con la consapevolezza di una copertura insufficiente – di cui, piuttosto, poteva essere a conoscenza il Presidente del Tesoro Nazionale²⁶.

Il “presidenzialismo di coalizione” brasiliano sembra vivere una svolta “in senso parlamentarista” in ragione della crescente discrezionalità con cui il Congresso conduce le fasi della procedura e la valutazione dei requisiti minimi per processare il massimo mandatario della nazione. A sostegno di questa lettura si prenda in considerazione le circostanze in cui, ad un anno di distanza dalla condanna della Rousseff, è avvenuto il respingimento di ben due denunce di *impeachment* e una richiesta di autorizzazione a procedere per il reato di corruzione avanzate contro il successore Micheal Temer. L'ampia maggioranza formatasi attorno al nuovo Presidente ha impedito il consumarsi di una nuova crisi di Governo nonostante i gravi indizi di colpevolezza abbiano provocato diverse tensioni tra i gruppi parlamentari. Si noti che nel parere in merito all'ultima denuncia di *impeachment* emesso dalla *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* emerge una presa di posizione aprioristica contro la possibilità di incriminare una carica pubblica secondo la teoria penalistica del dominio del fatto.

²⁵ Sul punto, v. J. Tavares, *O Direito Penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos*, cit., 56. Tra la dottrina costituzionale favorevole ad escludere la rilevanza di “pedalate fiscali colpose” si veda anche la posizione di M. Figueiredo, *Il Brasile alla prova del diritto. L'impeachment del Presidente Dilma Rousseff tra cause e conseguenze*, in *DPCE online*, 1, 2016, 147: “Inoltre ci sarebbero problemi per determinare la responsabilità personale del presidente. Sarebbe necessario dimostrare, a mio parere, un intento deliberato di falsare il bilancio, la correttezza nella gestione delle risorse pubbliche, che finora non si è verificata, in questo senso. Inoltre si sostiene che la responsabilità per le cosiddette ‘pedaladas’ (pedalate) sarebbe del Segretario del Tesoro e non del Presidente della Repubblica”.

²⁶ A proposito del processo di *impeachment* contro la Rousseff si permetta il rinvio a J. Paffarini, *Il presidenzialismo brasiliano alla prova delle inchieste e della crisi del bilancio statale: osservazioni sull'impeachment contro Dilma Rousseff*, in *DPCE online*, 3, 2017, 551-569; J. Paffarini; M. Oliviero, *Impeachment. A origem e a circulação do modelo*, Curitiba, Brasile, 2019.

Per la maggioranza dei membri della commissione non poteva dunque essere accolta la ricostruzione del Procuratore Generale della Repubblica, Rodrigo Janot, il quale richiamandosi alla nota teoria di Roxin aveva identificato nel vertice dell'esecutivo il centro di comando di una estesa organizzazione criminale con finalità di corruzione e di intralcio alla giustizia. Il relatore Bonifacio de Andrade, appartenente allo stesso partito del Presidente (PMDB), aveva infatti negato che ricoprire la massima carica dello Stato comporti un potere di controllo assoluto sugli altri membri dell'esecutivo e gli amministratori delle imprese statali²⁷.

La scelta di quest'ultimo argomento risulta, come è evidente, in netta contraddizione con quanto successo in occasione della destituzione della Rousseff, quando invece il Congresso ha ricostruito i fatti secondo lo schema della "reità mediata" ed ha incolpato direttamente il vertice dell'esecutivo per le "pedalate fiscali" pur non essendo stati rilevati comandi in questo senso indirizzati alla Segreteria del Tesoro Nazionale.

4. La diffusione della Lava-Jato e le crisi presidenziali di Perù ed Ecuador

Le "delazioni premiate" dei dirigenti della multinazionale Odebrecht hanno provocato importanti ricadute oltrefrontiera, in particolare in Perù e in Ecuador dove sono state utilizzate per produrre le denunce che hanno dato avvio alla messa in stato d'accusa. Occorre anzitutto rilevare una similitudine con il caso brasiliano sotto il profilo delle dinamiche parlamentari: in entrambi i paesi le crisi di governo si consumano con la rottura degli accordi tra le forze politiche che avevano inaugurato il periodo presidenziale. Il coinvolgimento nelle indagini per atti di corruzione colpisce esecutivi già indeboliti nella loro base di appoggio parlamentare, dunque, le rimozioni di Kuczynski e di Glas sono seguite da nuovi accordi e dall'inclusione di esponenti dell'opposizione nella compagine governativa.

Il prolungarsi dell'instabilità politica del Perù, ad esempio, è il frutto del deterioramento dei già difficili rapporti tra il partito presidenziale minoritario (*Peruanos Por el Kambio* - PPK) e il partito di opposizione titolare della maggioranza dei seggi in Congresso (*Fuerza Popular*-FP). Il primo episodio della crisi risale all'ottobre 2017, quando Kuczynski venne convocato dalla commissione parlamentare di inchiesta istituita per far luce sui fatti narrati dai collaboratori della *Lava-Jato*. Si tratta di un'iniziativa che suscita notevoli polemiche in quanto il potere di *interpelación* è esercitabile soltanto nei confronti dei ministri (art. 139 Cost.), mentre il Presidente della Repubblica può essere sottoposto a interrogazione solo non nell'ambito del *juicio político*. La *Comisión Lava-Jato* viene inoltre accusata di parzialità per aver presentato una relazione incentrata principalmente sui presunti vincoli tra la Odebrecht e il Capo di Stato, nonostante le testimonianze dei dirigenti coinvolgessero tanto i membri del partito di Governo quanto gli esponenti dell'opposizione.

²⁷ Sul punto, v. S. Gianello, *L'(ir)responsabilità giuridica del Presidente brasiliano: il consolidamento di un paradigma costituzionale latinoamericano*, in *Dir. Pub. Comp. ed Eur.*, 2, 2018, 436 e ss.

Un secondo elemento che ha portato all'aggravarsi della crisi è rappresentato dalla ristrettezza della disciplina costituzionale in materia di responsabilità presidenziale. L'istituzione del *juicio político* contro il Capo di Stato è ammesso dall'art. 117 soltanto in presenza di crimini contro la patria, lo svolgimento regolare delle elezioni e per aver dissolto il Congresso fuori dalle ipotesi previste dalla Carta fondamentale. Le fattispecie della corruzione ricadono invece nella sfera dei delitti comuni, rispetto ai quali, come si deduce dallo stesso articolo, si applica la garanzia dell'improcedibilità per tutta la durata del mandato²⁸. Tuttavia, sulla spinta degli importanti risvolti processuali provenienti da oltrefrontiera²⁹, l'opposizione ha deciso di aggirare i vincoli costituzionali sulla responsabilità del Presidente invocando l'*incapacidad moral* di Kuczynski ai sensi dell'art. 113 della Costituzione e procedendo alla dichiarazione di *vacancia* dell'incarico. La mossa di *Fuerza Popular* ha generato numerose critiche, anzitutto, per la decisione di usare un istituto la cui portata effettiva non è mai stata chiarita – pur essendo parte dell'ordinamento costituzionale del Perù dal 1860 – e comunque in forma del tutto distorta. Nella recente prassi costituzionale la dichiarazione di incapacità morale era stata pronunciata solo nel 2000 contro Alberto Fujimori, in risposta alla rassegna delle dimissioni dopo il rifugio in Giappone. Nemmeno l'intervento del *Tribunal Constitucional*³⁰, che in quell'occasione era stato chiamato ad integrare la disciplina procedimentale, ha toccato il tema della portata dell'istituto. Si ritiene opportuno dunque fare affidamento all'orientamento prevalente della dottrina, per la quale la “*permanente incapacidad física o moral*” di cui all'art. 113, 2), farebbe riferimento esclusivamente alle ipotesi di infermità che impediscono lo svolgimento della funzione presidenziale. Il Congresso da parte sua, ha deciso di non mettere mano alla Costituzione, preferendo emendare il suo regolamento interno allineando le caratteristiche e i requisiti del procedimento a quelli già previsti per la messa in stato d'accusa ex art. 117 Cost³¹.

Il 22 dicembre 2017 si è dato dunque avvio al processo previsto dall'art. 89-A del regolamento del *Congreso*, il quale contempla il contraddittorio delle parti, il diritto del Presidente ad essere rappresentato da un difensore e, in ultimo, richiede il voto favorevole di 87 dei 130 congressisti per l'approvazione della mozione di censura. L'udienza, durata quattordici ore, è stata in realtà un giudizio anticipato sui documenti e le deposizioni raccolte durante le indagini del *Ministerio Público*, durante la quale la difesa del Presidente ha sostenuto la liceità dei contratti di

²⁸ Sul punto, v. O. Cairo Roldán, *La responsabilidad jurídica del presidente de la República en Perú*, in *Pensamiento Constitucional*, 22, 2017, 10-20.

²⁹ Si vuol far riferimento alla condanna che ha determinato la carcerazione e l'incandidabilità alle presidenziali brasiliane del 2018 di Ignacio “Lula” da Silva.

³⁰ Tribunal Constitucional, *Expediente* 0006/2003, AI-TC, *Diario Oficial El Peruano*, 3/12/2003, disponibile alla pagina <https://bit.ly/2AJh8U3>. Il *Tribunal Constitucional*, ha finalmente elevato la dichiarazione di *vacancia* alla stregua del *juicio político*, ai sensi dell'art. 117 Cost., specificando che l'effetto destituente può aversi solamente con una votazione a maggioranza dei due terzi.

³¹ F. Eguiguren Praeli, *La responsabilidad del Presidente. Razones para una reforma constitucional*, Lima, 2007, 223 e ss.

consulenza con la Odebrecht e rinnovato la disponibilità a collaborare con la procura mediante la rinuncia al segreto bancario, ove richiesto. Tuttavia, la votazione finale non ha raggiunto la maggioranza necessaria per la destituzione e, soprattutto, ha riprodotto fedelmente le divisioni tra i gruppi parlamentari, mettendo in evidenza la strumentalizzazione della vicenda da parte degli schieramenti politici. In tal senso, a proposito del dibattito congressuale, è stata segnalata una «confusione, che sia per ignoranza o in forma deliberata, tra la natura e la portata del *juicio político*, la rimozione per *incapacidad moral* e l'uso di una sorta di “censura politica parlamentare al presidente”³². Questa confusione è stata in parte attribuita ad una mancata distinzione tra le condotte rilevanti per la responsabilità costituzionale del Presidente e il concetto di responsabilità politica che si riferisce invece ai ministri.

Sul versante ecuadoriano, invece, le vicende che portano alla rimozione di Jorge Glas dalla Vicepresidenza della Repubblica meritano attenzione perché sono caratterizzate da importanti criticità, dovute anche ad alcune contraddizioni e lacune del testo costituzionale di cui gli avversari politici hanno prontamente approfittato. Poco dopo le deposizioni di José Conceição (ex dirigente della Odebrecht) alla Procura Generale della Repubblica, il Capo di Stato Lenin Moreno ha emesso un decreto con il quale ha ritirato le funzioni attribuite al suo Vice³³, rivendicando la validità dell'atto in virtù delle previsioni contenute all'art. 149 della Costituzione. Sebbene le due cariche vengano elette contestualmente, la disciplina menzionata sostiene infatti che “*la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, cuando no reemplace a la Presidenta o Presidente de la República, ejercerá las funciones que ésta o este le asigne*”. In tal senso, il testo costituzionale configura un rapporto di dipendenza funzionale tra due cariche che godono della stessa legittimazione democratica, il quale certamente è stato pensato per ovviare ad esigenze organizzative interne al potere esecutivo, ma – come nel caso di specie – può essere usato come “arma politica”. Un secondo profilo critico è legato all'apertura, il 23 agosto 2017, del procedimento giudiziario contro Jorge Glas per il delitto di associazione a delinquere a seguito dell'autorizzazione a procedere votata dall'*Asamblea Nacional* ad unanimità – in quanto lo stesso Vicepresidente aveva chiesto alla sua base parlamentare di approvare il proseguimento degli atti della magistratura. Alcuni mesi dopo, nel corso delle indagini, il *Fiscal* ha aggiunto tre nuovi capi di accusa (corruzione, riciclaggio di denaro e concussione) e ha ordinato la custodia cautelare di Glas, che è stata eseguita nell'arco di due giorni. Il giudice procedente e il procuratore hanno dunque interpretato l'autorizzazione a procedere come una “consegna” dell'imputato, idonea a dar legittimazione a qualsiasi atto ulteriore che la magistratura ritenga opportuno adottare contro il mandatario. Una simile posizione risulta inspiegabile se posta a confronto con il regime di doppia tutela previsto per i parlamentari. Si consideri infatti che l'art. 128, par. 2, del testo costituzionale, oltre a condizionare l'apertura del

³² F. J. Eguiguren Praeli, *La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente*, cit., 77 (traduzione dell'A.).

³³ Decreto del Presidente della Repubblica di Ecuador n. 100 del 3 agosto 2017, disponibile al link: <https://bit.ly/2C31hRG>

procedimento all'approvazione dell'*Asamblea Nacional*, dispone che i congressisti potranno essere privati della libertà soltanto “*en caso de delito flagrante o sentencia ejecutoriada*”. La carcerazione di Glas risulta un fatto decisivo nella soluzione del conflitto ai vertici dello Stato: l'assenza prolungata dal palazzo della Vicepresidenza ha dato luogo, dopo novanta giorni, alla dichiarazione di “*falta definitiva*” da parte del Presidente Moreno e all'avvio del procedimento di sostituzione tramite elezione parlamentare³⁴. In altre parole l'iniziativa della magistratura, avallata dall'inerzia dell'Assemblea Nazionale, ha permesso la rimozione del principale oppositore politico di Moreno senza passare per la procedura aggravata imposta dal *juicio político*³⁵.

Lo scandalo Odebrecht ha tuttavia provocato delle conseguenze ben più ampie, che sono state opportunamente utilizzate per ridurre gli spazi del pluralismo politico e le garanzie di indipendenza degli organi della pubblica amministrazione e della magistratura. Nel corso delle agitate vicende che hanno portato all'incarceramento del Vicepresidente Jorge Glas, il partito di maggioranza si è scisso e trenta parlamentari hanno ritirato l'appoggio al Presidente Lenin Moreno. Quest'ultimo, dopo aver formato un nuovo esecutivo con il sostegno di alcuni partiti dell'opposizione, ha annunciato un “referendum per la lotta alla corruzione” e la riforma costituzionale dei principali istituti della “*Revolución Ciudadana*” promossa dal suo predecessore, Rafael Correa³⁶. Tra i quesiti della consultazione approvati dal voto del 4 febbraio 2018 vi è: l'esclusione dalla vita politica dei condannati per sottrazione di fondi pubblici e finanziamento elettorale illecito, la limitazione a due mandati consecutivi delle principali cariche elettive e, soprattutto, la delega di ampie funzioni di controllo e di censura sulle alte cariche dello Stato a nuovo *Consejo de Participación Ciudadana e Control Social Transitorio* (CPCCST) designato dallo stesso Presidente della Repubblica³⁷. Questo organismo, che secondo la Costituzione del 2008 dovrebbe essere composto da membri incaricati dall'Assemblea Nazionale all'esito di un concorso pubblico, viene trasformato in uno strumento di valutazione delle condotte delle autorità di cui contribuisce alla nomina, tra le quali il Procuratore Generale della

³⁴ Secondo l'art. 150 della Costituzione dell'Ecuador, “*En caso de falta definitiva de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, la Asamblea Nacional, con el voto conforme de la mayoría de sus integrantes, elegirá su reemplazo de una terna presentada por la Presidencia de la República. La persona elegida ejercerá sus funciones por el tiempo que falte para completar el período*”.

³⁵ In particolare, la maggioranza qualificata di due terzi dei componenti dell'Assemblea richiesta dall'art. 130 della Costituzione dell'Ecuador per la rimozione dei due massimi esponenti dell'esecutivo. Sul tema, v. R. Oyarte Martínez, *El juicio Político en la Constitución Ecuatoriana*, in *Foro. Revista de Derecho*, 4, 2005, 35-57.

³⁶ La revisione del testo costituzionale per mezzo di referendum popolare convocato dal Capo dello Stato, è disciplinata agli artt. 441e 442 della Costituzione dell'Ecuador. Per un'analisi riguardo agli effetti distortivi del referendum sull'assetto dei poteri costituzionali, v. H. Salgado Pesantes, *La consulta popular y su impacto en la democracia. Un reto al hyperpresidencialismo*, in *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional*, 2, 2018, 1-20.

³⁷ Secondo l'art. 207 della Costituzione dell'Ecuador i 7 membri del *Consejo de Participación Ciudadana y Control Social* sono scelti con concorso tra i candidati proposti dalle organizzazioni sociali e cittadine riconosciute presso il *Consejo Nacional Electoral*. L'art.120, 11, prevede l'investitura formale da parte dell'Assemblea Nazionale.

Repubblica, il *Consejo de la Judicatura*³⁸ e il vertice della *Contraloría General del Estado*. Al momento 17 parlamentari dell'opposizione rispondono a procedimenti amministrativi e penali per presunte irregolarità nella gestione dei fondi della campagna elettorale o per atti di corruzione. In ultimo, si ritiene opportuno affermare che nel paese sono state compromesse le garanzie del giusto processo, dopo che le principali cariche della magistratura sono state rimpiazzate e i membri della Corte Costituzionale sospesi proprio dal CPCCST con una risoluzione che viola apertamente le garanzie di indipendenza dell'organo³⁹. Un esempio di come questo cambio di competenze abbia inasprito il conflitto politico è rappresentato dal processo che ha portato l'ex Presidente della Repubblica e attuale leader dell'opposizione, Rafael Correa, a rispondere del delitto di associazione per delinquere e sequestro di persona. Il procedimento giudiziario passato alla cronaca come "Caso Balda" è stato aperto su impulso di un Procuratore Generale scelto dal CPCCS-Transitorio dopo la destituzione del suo predecessore con un voto di censura dell'Assemblea Nazionale. La vicenda è apparsa come una "designazione ad hoc", nella misura in cui non sono state rispettate le regole di successione previste dal regolamento della *Fiscalía* che avrebbero portato all'assunzione dell'incarico da parte del sostituto procuratore in servizio al momento⁴⁰.

5. Considerazioni conclusive

Pur non avendo pretese di esaustività, gli episodi presi in esame offrono un importante punto di osservazione in merito all'incongruenza tra le previsioni e le prassi costituzionali in materia di responsabilità dell'esecutivo nell'ambito dei presidenzialismi latinoamericani. Si vuole dunque riportare l'attenzione sulle difficoltà di funzionamento che questo modello di governo incontra nei contesti politici e sociali fortemente polarizzati⁴¹. Le crisi presidenziali hanno inoltre rinnovato l'attivismo delle Corti nell'esercizio del controllo di legittimità costituzionale, su cui alcuni contributi della dottrina interna e straniera si sono soffermati di recente a proposito dell'impeachment brasiliano⁴². Sullo stesso filone,

³⁸ Secondo l'art. 181 della Costituzione dell'Ecuador, il *Consejo de la Judicatura* è l'organo cui spetta il compito di garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura.

³⁹ Il *Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio* non possiede infatti poteri di censura verso i titolari delle cariche su cui esercita la funzione di controllo. Ai sensi dell'art. 431 della Costituzione dell'Ecuador, inoltre, i membri della Corte Costituzionale "*no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen*". Dopo la sospensione dei giudici, avvenuta il 23 agosto 2018, si è proceduto alla nomina dei nuovi membri soltanto cinque mesi dopo, il 28 gennaio 2019. Si veda: <https://www.elcomercio.com/actualidad/consejo-participacion-ceso-corte-constitucional.html>

⁴⁰ Sul punto, nonché per una ricostruzione delle vicende costituzionali e politiche dell'Ecuador degli ultimi due anni, v. il report del Lawfare Institute, disponibile al link: <https://lawfareinstitute.com/?p=597>

⁴¹ J. J. Linz; A. Valenzuela, *Il fallimento del presidenzialismo*, Bologna, 1995.

⁴² Sul tema impeachment brasiliano cfr. A. G. Bahia; D. Bacha e Silva; M. A. Cattoni de Oliveira, *O impeachment e o Supremo Tribunal Federal: historia e teoria constitucional brasileira*, Florianopolis, 2016. Per una panoramica più estesa riguardo agli episodi che hanno visto i

si ricordano gli interventi della Corte Interamericana dei Diritti Umani nei casi *Camba Campos et al. c. Ecuador* e *Tribunal Constitucional vs. Perú*, in cui è stato fissato l'obbligo per le assemblee legislative di osservare il principio del giusto processo e di stretta legalità formale nell'attuazione delle funzioni di giudizio⁴³. Rimane comunque una certa esitazione ad ammettere la possibilità di un capovolgimento della decisione finale, in particolar modo negli ordinamenti in cui l'impugnazione della votazione del congressuale è esplicitamente proibita dalle carte fondamentali – come in Messico e in Brasile⁴⁴.

Lo sguardo del comparatista che si immerge nelle dinamiche costituzionali iberoamericane non può fare a meno di riconoscere un certo dinamismo dei sistemi di governo, nella misura in cui i contrappesi a disposizione delle assemblee parlamentari sono stati non di rado utilizzati per compiere i disegni della classe politica piuttosto che per mantenere l'equilibrio tra i poteri. In questo senso, le accuse di immoralità avanzate da una parte all'altra servono per legittimare la rottura esplicita e selettiva della prassi costituzionale da parte delle assemblee legislative nell'atto di gestire le fasi di "transizione". Anche per questo è possibile rinforzare le descrizioni che hanno sottolineato la caratteristica non egemonica della "normatività costituzionale" nel quadro complessivo dei formanti⁴⁵.

L'interruzione della "regolarità" delle relazioni istituzionali si consuma con l'inosservanza dalle previsioni in materia di responsabilità dell'esecutivo e immunità penale degli organi politici, giustificata richiamando l'eccezionalità della crisi di fiducia che si è riversata sugli organi rappresentativi. Tuttavia, se in passato questa componente minacciava la continuità delle istituzioni elettive della regione, aprendo la strada all'intervento dei settori militari, oggi le crisi politiche si risolvono all'interno del binomio Parlamento-Presidenza, non risparmiando un "uso improprio" dei dispositivi di garanzia delle giovani Costituzioni sudamericane. Si rinnova, pertanto, l'ipotesi che considera ancora non realizzata un'effettiva emancipazione del diritto costituzionale dalle esigenze degli attori politici, e che pertanto la continuità del rapporto esecutivo-legislativo sarà sempre minacciata dai periodici risvegli del "*rule of political law*"⁴⁶.

tribunali trasformarsi in attori delle politiche pubbliche, cfr. AA.VV., *Ativismo judicial e judicialização das políticas públicas*, Itajaí (Brasile), 2016.

⁴³ Si fa riferimento ai casi *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentenza del 31 gennaio 2001, e *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentenza del 28 agosto 2013. Per un commento del primo caso, si veda R. Bustamante Alarcón, *El caso del tribunal Constitucional a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos*, in *Pensamiento Constitucional*, 9, 2003, 291-337.

⁴⁴ Si ricorda che la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha declinato la richiesta di opinione consultiva sul tema del *juicio político* contro il Presidente della Repubblica inoltrata dalla Commissione il 13 ottobre 2017, dopo i casi Zelaya (Honduras), Lugo (Paraguay) e Rousseff (Brasile). Il rifiuto è stato motivato per l'inopportunità di pronunciamenti "in forma astratta" su argomenti rispetto ai quali la Corte potrà avere in futuro la possibilità di pronunciarsi caso per caso "in concreto". Si veda: <https://bit.ly/34Ntc2Z>

⁴⁵ M. Carducci, *Costituzionalismo emancipatorio e "ciclo progressista" in America Latina*, cit., 120 e ss.

⁴⁶ Si riprende la classificazione di U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System*, in *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, 24 e ss. Tra i più recenti

D'altra parte, possono osservarsi le analisi sulla casistica delle crisi presidenziali sudamericane verificatesi a partire dai primi anni novanta fino ad oggi, le quali rilevano, a fianco al consolidamento della forma democratica degli Stati della regione, un'elevata frequenza dell'interruzione dei mandati presidenziali per rinuncia o *impeachment*⁴⁷. Con l'abbandono dell'autoritarismo i Parlamenti si scoprono più sensibili alle pressioni di nuovi attori politici (le dirigenze dei partiti vengono spesso sorpassate dai movimenti di protesta) e degli interessi economici diffusi (*in primis*, gli investitori stranieri e gli organismi internazionali della finanza), assumendo la responsabilità della transizione e contenendo possibili rotture costituzionali. Da ultimo, sembra opportuno rilevare che il caso brasiliano, precursore in questa tendenza, evidenzia il ruolo decisivo della magistratura, dei media e dei movimenti sociali nel dare supporto all'attivazione della procedura di rimozione dei Capi di Stato e nell'esercitare una pressione sul legislativo durante le fasi di avanzamento del giudizio di *impeachment*.

Il fenomeno presenta "cause strutturali" che possono essere rintracciate nel sistema di equilibrio dei poteri, il quale, pur nelle innumerevoli peculiarità che presentano i singoli paesi, ha seguito le medesime evoluzioni in tutto il territorio della regione⁴⁸. Le assemblee costituenti latinoamericane hanno infatti incontrato nel presidenzialismo un modello comune di riferimento, sebbene sin da subito quest'ultimo è stato contaminato da componenti altrettanto vivide nella tradizione di governo iberoamericana. Con le transizioni di fine secolo, nel contesto di critica delle autocrazie militari, è stato notato che l'elezione del Capo dello Stato ha assunto una portata simbolica: il ritorno alla sovranità popolare insieme alle garanzie del pluralismo politico⁴⁹. Tuttavia, le Costituzioni che sorgono nella regione in questo frangente hanno consegnato l'assetto dei poteri ad una variabile politica costituita da sistemi elettorali asimmetrici, nella misura in cui associano la scelta diretta e maggioritaria per l'esecutivo con la ricerca della rappresentatività, attraverso formule proporzionali, per la formazione delle assemblee legislative. In seguito, le riforme che dettero continuità alla transizione democratica vengono considerate come il passo iniziale verso il consolidamento di un "costituzionalismo a due velocità": da un lato si mantiene, e in alcuni casi si rafforza, uno schema verticale e concentrato dei poteri, con l'ampliamento delle prerogative presidenziali in materia legislativa e di nomina, dall'altro si allarga il catalogo dei

scritti che sono tornati sul tema, v. L. Pegoraro, *América Latina como categoría y objeto de comparación*, cit., 87.

⁴⁷ Per una approfondita ricostruzione delle vicende latinoamericane che hanno portato all'interruzione anticipata dei mandati presidenziali, v. A. Pérez-Liñán, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, cit., 62-3. Prendendo in considerazione soltanto il periodo post-autoritario (dal 1990 ad oggi), si possono contare ben ventisette crisi presidenziali, tredici delle quali hanno portato alla rimozione del titolare del potere esecutivo. In sette casi i Parlamenti hanno provveduto tramite *impeachment* o con una dichiarazione di incapacità a governare, nei restanti i Presidenti si sono dimessi prima della votazione.

⁴⁸ O. Amorim Neto, *Presidencialismo e Governabilidade nas Américas*, Rio de Janeiro, 2003.

⁴⁹ R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, 2014, 272. Sull'esperienza brasiliana, v. R. Beçak, *Democracia, Participação e Recall*, in L.A. Conci; M. Figueiredo, *30 Anos de Constituição. Múltiplos olhares sobre as suas promessas*, Rio de Janeiro, 2018, 3-21.

diritti insieme agli strumenti per l'accesso alla giustizia e si introducono inediti meccanismi di partecipazione cittadina ai processi decisionali⁵⁰.

Gli effetti della concentrazione dei poteri al vertice dell'esecutivo, da cui molti avevano messo in guardia, appaiono tuttavia fortemente vincolati al peso specifico del partito presidenziale nella coalizione e in Parlamento⁵¹. Se quest'ultimo non riesce a tenere unita la base parlamentare il rischio di "ribaltoni" al vertice dello Stato si fa più elevato, nonostante l'introduzione della mozione di sfiducia contro i membri dell'esecutivo nominati dal Presidente fosse rivolta, di fatto, ad introdurre delle "valvole di sfogo" per le crisi. La riforma dei meccanismi di controllo reciproco nel rapporto tra Parlamento e Presidente è stata salutata come una razionalizzazione della forma di governo presidenziale, o meglio, un adattamento tardivo alla composizione plurale delle assemblee rivolto a potenziare gli effetti rappresentativi dei sistemi elettorali⁵². Dall'altra parte, rimanendo intatto lo schema organizzativo delle competenze di governo, è evidente che la funzione di indirizzo politico rimane ancora una prerogativa del Presidente, pertanto gli organi che rappresentano la coalizione – variamente denominati, a seconda dei paesi, "*consejo de ministros*", "*consejo de gabinete*" o "*gabinete de ministros*" – non riescono a garantire quella funzione di dialogo con il Parlamento per la quale erano stati pensati. Le crisi politiche ancora colpiscono direttamente i massimi mandatarî dello Stato e la "sostituzione" delle alleanze alla guida dell'esecutivo rimane ancora un esito frequente nell'ambito delle esperienze di governo sudamericane. Uno dei principali effetti della polarizzazione del sistema politico della regione è dunque l'uso degli strumenti di garanzia previsti dalle Costituzioni come "armi" per la lotta politica, a partire dal quale è stato identificato un "comportamento parlamentarista" dei presidenzialismi.

⁵⁰ Cfr. R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., 285.

⁵¹ Sul tema si veda, C. Pereira, *Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*, in *Dados*, 45, 2, 2002, 265-301; O. Amorim Neto, *Presidential Cabinets, Electoral Cycles, and Coalition Discipline in Brazil*, in S. Morgenstein e B. Nacif (Eds), *Legislative Politics in Latin America*, Cambridge, 2002.

⁵² In tal senso, v. D. Valadés, *El gobierno de gabinete y los gobiernos de coalición*, cit., 37, a proposito della "parlamentarizzazione della forma di governo presidenziale".

Il Parlamento nella forma di governo ipersemipresidenziale dello Sri Lanka

di Carmine Petteruti

Abstract: The Parliament in Sri Lanka hyper-semipresidentialism – Sri Lanka's form of government has evolved into hyper-semi-presidentialism, through the strengthening of the role of the President, at the expense of the Prime Minister's role and the Parliament's one. This situation leads to verify the presence of counterweights which can be able to guarantee the substance of a democratic structure. In this regard, it is interesting to analyze the recent developments and debates about the changes of Constitution to strengthen the role of Parliament.

2953

Keywords: Sri Lanka; Constitution; Parliament; Form of government; Hypersemipresidentialism.

1. Semipresidenzialismo francese e semipresidenzialismo cingalese: brevi profili di comparazione

La forma di governo dello Sri Lanka, pur presentando i caratteri tipici del semipresidenzialismo, ha da sempre mostrato una propensione ad attribuire al Presidente della Repubblica socialista democratica (art. 1), una posizione dominante a tal punto da indurre taluno a parlare di vero e proprio presidenzialismo¹. Sebbene i più recenti dibattiti costituzionali rivelino una propensione per il recupero del ruolo del Parlamento e del Primo Ministro con un ridimensionamento del ruolo del Presidente, nel semipresidenzialismo cingalese è possibile cogliere quel fenomeno che la dottrina ha definito di ipersemipresidenzialismo².

¹ Nelle varie definizioni proposte in dottrina per il semipresidenzialismo francese si è parlato talvolta come di una repubblica mascherata da monarchia. P. Avril, *Le régime politique de la V^e République*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964; M. Duverger, *La Monarchie républicaine*, Paris, Robert Laffont, 1974: "Nous appelons monarchies républicaines les seuls régimes où l'homme qui concentre dans ses mains l'autorité gouvernementale la reçoit et la perd par des procédures réellement démocratiques, c'est-à-dire par des élections libres et compétitives". Questa similitudine, utilizzata in maniera speculare, risulta consona a descrivere l'assetto della forma di governo cingalese, paragonabile ad una monarchia assoluta mascherata da repubblica.

² Il termine ipersemipresidenzialismo è stato utilizzato in dottrina per indicare sistemi di governo (come quello della Federazione russa) che apparentemente sono assimilabili al semipresidenzialismo francese ma che in realtà rivelano una incompiuta introiezione dei principi democratici nel tessuto politico-istituzionale ed una preminenza dell'organo presidenziale. L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, Giappichelli,

Malgrado le ragioni storico-politiche che hanno influenzato l'evoluzione del semipresidenzialismo francese e di quello cingalese siano diverse, nell'uno e nell'altro caso la forma di governo evolve verso un ipersemipresidenzialismo a scapito del ruolo del Primo Ministro (nel caso dello Sri Lanka ridotto a mero esecutore della politica presidenziale) e del Parlamento, che ha portato il sistema verso un monismo di fatto³.

Nel caso della Francia, le ultime elezioni presidenziali sono state caratterizzate da una forte crisi dei partiti politici tradizionali⁴ e da un significativo rafforzamento degli organi istituzionali (con particolare riferimento al Presidente) che hanno preannunciato un ritorno al modello gollista. Questa indicazione viene dall'esito delle ultime elezioni politiche del 2017, in occasione delle quali il partito del Presidente, *La République en Marche!*, sfruttando il successo delle elezioni presidenziali, ha conseguito la maggioranza dei seggi all'interno dell'Assemblea Nazionale⁵. Sembra, dunque, destinata ad accentuarsi ulteriormente la preminenza del Presidente rispetto al Primo Ministro il quale, stretto fra l'autorità presidenziale e la maggioranza parlamentare che lo sostiene, appare inevitabilmente destinato a svolgere un ruolo di mero esecutore della politica presidenziale⁶.

Nello Sri Lanka il modello semipresidenziale è stato introdotto con le riforme costituzionali degli anni Settanta che hanno determinato la fine della forma di governo parlamentare basata sul modello *Westminster*, introdotto con la *Soulbury Constitution*. Il passaggio alla forma semipresidenziale nasce dall'esigenza dell'etnia cingalese di consolidare la propria egemonia politica, obiettivo per il quale per lungo tempo la forma di governo si è evoluta, per l'appunto, in senso ipersemipresidenziale. Tuttavia, l'ultimo emendamento alla Costituzione ha segnato un'inversione di tendenza, con la introduzione di modifiche finalizzate ad un primo ridimensionamento del ruolo del Presidente. Questo tema (insieme a quello del rafforzamento del decentramento in favore delle province) è al centro dell'ultima revisione costituzionale iniziata nel 2016 ma tutt'ora arenata in un

2017, 353. Il termine *ipersemipresidencialista* è utilizzato anche da M.F. Massò Garrote, *Las formas de gobierno*, in D. López Garrido, M.F. Massò Garrote, L. Pegoraro (a cura di), *Derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 468 ss.

³ M.C. Ponthoreau, *L'enigma del buon governo sotto la Quinta Repubblica*, in A. Di Giovine, A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2007, 78.

⁴ Sul ruolo dei partiti politici in Francia, si veda M. Duverger, *La democrazia senza popolo*, Bari, Dedalo Libri, 1968, 23 ss.

⁵ In Senato, invece, vi è stato un rafforzamento delle forze politiche di destra. M. Calamo Specchia, *Una rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia: da de Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste*, in DPCE online, 1, 2018, www.dpce.it; G.E. Vigevari, *Impressione: la Francia tra crisi politica e tenuta istituzionale*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, www.rivistaaic.it.

⁶ M.C. Ponthoreau, op. cit., 85, il quale, tuttavia, sottolinea che il ruolo del Primo Ministro è tutt'altro che secondario tenuto conto che il Presidente governa attraverso di lui, che dirige l'azione di governo e dispone dell'amministrazione. Tuttavia, G. Lombardi sottolinea come l'investitura politica del Governo sia più debole di quella presidenziale, come emerge dalle vicende storiche del semipresidenzialismo francese da cui risulta che in caso di contrasto tra Presidente e Primo Ministro è al primo che spetta l'ultima parola.

lungo dibattito politico, aggravato dal tentativo dell'attuale Presidente M. Sirisena di destituzione del Primo Ministro R. Wickremesinghe e di scioglimento del Parlamento⁷.

Sebbene il semipresidenzialismo francese e quello cingalese rivelino caratteri molto diversi, il confronto tra le due esperienze può fornire un'utile indicazione sull'evoluzione del rapporto tra Presidente, Primo Ministro e Parlamento nella forma di governo cingalese, verificando l'esistenza o meno di contrappesi in grado di garantire il mantenimento di un assetto democratico di fronte alle spinte iperpresidenzialiste⁸.

D'altra parte, è innegabile la chiara ispirazione del semipresidenzialismo cingalese a quello della IV Repubblica francese: il rapporto tra i due sistemi può essere collocato in quel «fenomeno di imitazione-recezione» rispetto a sistemi giuridici sorti altrove, in cui la forma di governo cingalese si pone come «sistema costituzionale imitante»⁹.

Tale imitazione trae origine dalla necessità di voler assicurare un esecutivo forte, quanto più possibile autonomo nei confronti del Parlamento. È, tuttavia, evidente che i due casi abbiano avuto vicende completamente diverse nella delineazione dei loro rispettivi assetti che, se confrontati, consentono di meglio comprendere quali siano i fattori che possono garantire la tenuta democratica dell'ordinamento di fronte a possibili evoluzioni autoritarie e quali siano le motivazioni delle riforme costituzionali in atto nello Sri Lanka. La mancanza nel

⁷ Alla destituzione presidenziale del Primo Ministro R. Wickremesinghe (leader dello *United National Party*) è seguita la nomina di M. Rajapaksa (esponente dello *Sri Lanka Freedom Party*) già Presidente dello Sri Lanka dal 2005 al 2015, sconfitto nelle ultime elezioni. Quanto, invece, al tentativo di scioglimento del Parlamento da parte dell'attuale Presidente M. Sirisena, si è pronunciata la Corte Suprema (*Sampanthan vs. Attorney General's Department*, SC FR Application No. 351/ 2018, 13th December 2018) sia in relazione alla sostituzione del Primo Ministro che sul tentativo di scioglimento del Parlamento.

⁸ Pur rappresentando due esperienze molto diverse, il confronto con l'esperienza francese non sembra di per sé impossibile: come affermato da autorevole dottrina, vi è un generale principio di comparabilità tra i sistemi giuridici "a patto di comprenderne, prima che le analogie, le differenze di fondo". G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986, 38; G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2007, 42; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 67. Sulla comparazione e comparabilità, A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale, Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, Giappichelli, 1997, 20 ss. È necessaria, tuttavia, un'adeguata considerazione degli aspetti sociali oltre che giuridici e la consapevolezza delle diversità esistenti tra modelli eterogenei per formanti e crittotipi. P. Legrand, *How to compare now*, in *Legal Studies*, 1996, 16, 2, 234 ss. D'altra parte, il confronto tra modelli differenti si rivela inevitabile per il futuro della comparazione, considerate le dinamiche della globalizzazione e del multiculturalismo. La comparazione per armonizzazione, che presuppone un'omogeneità degli ordinamenti, non può più essere la modalità prevalente rischiando, altrimenti, di restare ancorata ad un approccio condizionato dalla tradizione giuridica occidentale che poco spazio ha riconosciuto ad esperienze giuridiche come quelle africane ed asiatiche. W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 11; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992, 9 ss.

⁹ A. Rinella, op. cit., 48. In questo caso il fenomeno di imitazione-recezione si colloca nell'ambito di quella che l'Autore individua come *imitazione legale, cosciente ed oggettiva*, vale a dire quando il legislatore imita direttamente il modello prodotto da altro legislatore. In tal caso è necessario "discriminare tra elementi costitutivi e secondari del modello stesso, eventualmente recepiti dal sistema costituzionale indagato".

tessuto costituzionale dello Sri Lanka di contrappesi in grado di garantire la tenuta dell'assetto democratico, ha determinato uno spostamento verso la forma di governo parlamentare finalizzata a recuperare centralità del Parlamento e ruolo del Primo Ministro.

2. L'ossimoro del semipresidenzialismo francese: il monarca repubblicano

L'assetto del semipresidenzialismo della V Repubblica francese¹⁰ nasce da un insuccesso del sistema parlamentare del secondo dopoguerra nel risollevare l'economia, insuccesso che portò alla richiesta generalizzata di un esecutivo rafforzato, anche in considerazione dell'instabilità di governo che aveva caratterizzato la IV Repubblica¹¹. A partire dal 1958, dunque, si consolidò la tendenza ad un rafforzamento del ruolo del Governo a scapito dell'Assemblea Nazionale¹².

Tuttavia, l'elezione diretta del Presidente della Repubblica fu introdotta soltanto dal 1962 e contribuì a consolidare i poteri non sottoposti a controfirma ministeriale (come la nomina del Primo Ministro; lo scioglimento dell'Assemblea nazionale; la possibilità di indire referendum e di esercitare i poteri eccezionali previsti dall'art. 16 della Costituzione)¹³. L'introduzione della elezione diretta del Presidente e la ridotta possibilità di coabitazione hanno ridimensionato la figura del Primo Ministro, rendendolo talvolta una sorta di fiduciario del Presidente stesso¹⁴.

¹⁰ O. Duhamel, J.L. Parodi, *La Constitution de la Cinquième République*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, 1988, 11 ss.

¹¹ A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale, Profili metodologici della "circolazione" di un modello nell'Europa centro-orientale*, Padova, Edizioni Libreria Rinoceronte, 1996, 98; S. Ceccanti, O. Massari, G. Pasquino, *Semipresidenzialismo*, Bologna, Il Mulino, 1996, 59; M. Baudrez, B. Ravaz, *La Quinta Repubblica: regime semi-presidenziale o parlamentarismo presidenzialista?*, in L. Pegoraro, A. Rinella (a cura di), *Semipresidenzialismi*, Padova, Cedam, 1997, 50; R. Brizzi, *Alle origini del semipresidenzialismo francese. Debré, il Generale e la Costituzione della Quinta Repubblica*, in *Contemporanea*, 1, 2009, 53 ss.; M. Volpi, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna, Bononia University Press, 2014, 55 ss.; C. Martinelli, *La Francia*, in A. Bardusco, F. Furlan, M. Iacometti, C. Martinelli, G.E. Vigevani, M.P. Viviani Schlein, *Costituzioni comparate*, Torino, Giappichelli, 2015, 224. Secondo Martinelli una delle cause che portò alla nascita della V Repubblica fu l'eccessiva frammentazione e litigiosità dei partiti della IV Repubblica.

¹² R. Brizzi, op. cit., 73. M. Calamo Specchia, op.cit. L'Autrice individua i tre pilastri fondamentali del semipresidenzialismo francese: superamento del regime parlamentare e ruolo complementare del Parlamento nelle competenze normative di governo; concentrazione del potere nelle mani del Presidente che flette il regime politico-costituzionale in senso presidenzialista; capacità evolutiva del sistema di potere adattabile ai mutamenti storico-politici. Per una critica alla ricostruzione del sistema semipresidenziale, G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, op. cit., 2007, 619; M. Volpi, *La forma di governo nella Costituzione Sarkozy: da La recherche du temps perdu al Gattopardo*, in M. Cavino, A. Di Giovine, E. Grosso (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, Giappichelli, 2010, 52.

¹³ G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016, 453-454.

¹⁴ C. Martinelli, *La riforma della V Repubblica: la necessità di restituire vigore al ruolo costituzionale del Parlamento*, Relazione al Seminario Astrid *La Riforma della Costituzione in Francia*, Roma 19 novembre 2008. L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, op. cit., 362-363.

La riforma costituzionale del 2008 sembra aver ulteriormente rafforzato i poteri del Presidente della Repubblica, tanto da indurre taluno a definire la forma di governo francese come “ultra-presidenziale”¹⁵, i cui tratti assolutistici possono leggersi non tanto all’interno dell’esperienza francese caratterizzata da una consolidata tradizione liberal-democratica (e diventata pertanto un *unicum* non riscontrabile in nessun’altra esperienza semipresidenziale)¹⁶ ma piuttosto nelle più recenti democrazie ispirate a tale modello, nelle quali l’estensione dei poteri del Capo dello Stato porterebbe ad etichettarle quali regimi assolutistici¹⁷.

Nonostante la revisione costituzionale del 2008 abbia introdotto un’ipotesi di destituzione del Presidente della Repubblica nel caso di «*manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l’exercice de son mandat*», tale limite appare piuttosto generico e rende ad oggi il Presidente francese la figura dotata di maggiori poteri tra i vari Presidenti europei.

Nei tempi più recenti, esclusa la pausa del mandato presidenziale di J. Chirac, la ripresa dell’ipersemipresidenzialismo risale al mandato di N. Sarkozy in cui il Presidente riacquista la centralità nella definizione e nell’attuazione del programma di governo, riducendo il ruolo del Primo Ministro a quello di mero collaboratore¹⁸. Successivamente, con la presidenza di F. Hollande del 2012, il ruolo presidenziale viene nuovamente ridimensionato in favore del Parlamento e del Primo Ministro. Il ritorno all’ipersemipresidenzialismo e all’ispirazione gollista della figura del Presidente della Repubblica francese si ripropone con le elezioni presidenziali del 2017 e la salita all’Eliseo del leader del movimento *En Marche!*, E. Macron, ed è da ricercare nella crisi della capacità rappresentativa dei principali partiti politici a cui ha fatto da contrappeso un rafforzamento degli organi istituzionali ed in particolar modo di quello presidenziale. A ciò si aggiunge la conferma dell’attuale vocazione presidenziale dei partiti politici soprattutto a

¹⁵ G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, op.cit., 456.

¹⁶ G. Vedel, *Cinquième République*, in O. Duhamel, Y. Meny, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, 138-139; M. Volpi, *La forma di governo in Francia alla luce della riforma costituzionale del luglio 2008*, Relazione al Seminario Astrid, op. cit. L’Autore sottolinea come l’alternanza di fasi in cui il Presidente è il leader della maggioranza parlamentare e fasi coabitazioniste con un Primo Ministro espresso dal Parlamento non ha affatto garantito un equilibrio fisiologico tra le due teste dell’esecutivo, ma ha determinato una netta preminenza del Presidente che ha considerato il Primo Ministro come un esecutore della sua volontà politica. Sul rapporto tra Presidente e Primo Ministro si veda, altresì, M. Calamo Specchia, op. cit., 16 e ss.

¹⁷ C. Martinelli, op. ult. cit., 2; N. Lupo, *Il rafforzamento del Parlamento nella revisione della Costituzione francese del luglio 2008 (e il suo indebolimento nelle prospettate riforme dei regolamenti parlamentari, in Italia)*, Relazione al Seminario Astrid, cit. Le caratteristiche della V Repubblica in diversi casi sono state oggetto di trasfusione all’interno di neo costituzioni di diversi Stati ex socialisti (Bulgaria, Croazia, Lituania, Macedonia, Montenegro, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Serbia, Slovacchia e Slovenia), attratti dal successo, quantomeno all’interno dei confini francesi, di una forma di governo più che funzionale, senza considerare quanto la sua buona riuscita sia strettamente legata alle condizioni politico-sociali tipiche del prototipo francese. L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, op. cit., 363-364; G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, op.cit., 449.

¹⁸ Come evidenziato da M. Calamo Specchia, op. cit., 19, il mandato Sarkozy fu caratterizzato, a partire dal 2010, da un’inversione di ruoli tra il Presidente e l’allora Primo Ministro F. Fillon in seguito alla perdita di consenso di N. Sarkozy.

seguito della riforma introdotta nel 2001 che ha invertito il calendario elettorale anticipando le elezioni presidenziali a quelle politiche che, pertanto, hanno la possibilità di beneficiare di una sorta di “effetto scia”. Tant’è che il movimento *En Marche!*, trasformatosi nel partito *La République en marche!*, ha potuto (grazie anche all’alleanza con le forze politiche di centro) raggiungere agevolmente la maggioranza nell’Assemblea Nazionale.

In tale contesto, dunque, il Parlamento rischia di diventare «una mera camera di registrazione sul piano normativo della volontà del “Presidente legislatore”»¹⁹ ed il Primo Ministro diviene uno strumento di attuazione delle politiche presidenziali. A ben vedere questa tendenza è confermata dalla volontà manifestata da E. Macron di creare un rapporto diretto con il corpo elettorale e con il Parlamento, riducendo di un terzo il numero dei parlamentari, facendo ricorso alla procedura abbreviata di approvazione delle leggi (art. 45) e utilizzando lo strumento referendario per superare eventuali resistenze parlamentari²⁰.

3. La forma di governo dello Sri Lanka. Dal modello Westminster alla Gaullist Constitution

La scelta della forma di governo semipresidenziale dello Sri Lanka, con la Costituzione del 1978, nasce dall’esigenza di realizzare un’adeguata stabilità di governo e una rapida modernizzazione del Paese²¹. La forma di governo cingalese presenta caratteristiche tali da poter essere collocata nel modello semipresidenziale di Duverger²², sia pur caratterizzata da spinte presidenzialiste. La Costituzione dello Sri Lanka, infatti, prevede un Presidente eletto direttamente dal popolo, capo del potere esecutivo e del Governo (art. 30). La struttura duale dell’esecutivo è completata dalla previsione di un Primo Ministro, di nomina

¹⁹ M. Calamo Specchia, op. cit., 26.

²⁰ Nel suo intervento il Presidente E. Macron ha indicato non solo le linee generali del suo mandato ma anche il quadro politico dei successivi cinque anni. In questo quadro sembra che il Primo Ministro sia destinato a svolgere un ruolo di coesione politica tra le diverse (ed eterogenee) forze partitiche che hanno sostenuto il Presidente nelle ultime elezioni e di contenimento dell’azione politica della maggioranza di destra in seno al Senato.

²¹ Il Preambolo della nuova Costituzione assicura a tutti i cittadini libertà, uguaglianza, giustizia, diritti fondamentali e un potere giudiziario indipendente. Ciò nonostante, nell’ordinamento cingalese restano aspetti di criticità specialmente per quel che riguarda la religione e la tutela delle minoranze etniche. Sul punto si veda G.J. Jacobson, S. Shankar, *Constitutional Borrowing in South Asia. India, Sri Lanka, and Secular Constitutional Identity*, in S. Khilnani, V. Raghavan, A.K. Thiruvengadam (a cura di), *Comparative Constitutionalism in South Asia*, New Delhi, Oxford University Press, 2013, 194; J. Wickramaratne, *Fundamental rights in Sri Lanka*, Colombo, Stamford Lake Publication, 2006, 21 ss.; B. Schonthal, *Formations Of Buddhist Constitutionalism in South and Southeast Asia*, in *International Journal of Constitutional Law*, 15, 2017, 723 ss.; R. Edrisinha, M. Gomez, V.T. Thamilmaran, A. Welikala (a cura di), *Power-sharing in Sri Lanka: constitutional and political documents, 1926-2008*, Colombo, Centre for Policy Alternatives and Berghof Foundation for Peace Support, 2009, 111.

²² M. Duverger, *A New Political System Model: Semi-Presidential Government*, in *European Journal of Political Research*, 8, 2, 1980, 165 ss.; A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale, Profili metodologici della “circolazione” di un modello nell’Europa centro-orientale*, Edizioni Libreria Rinoceronte, Padova, 1996, 71; S. Ceccanti, O. Massari, G. Pasquino, op. cit., 9; M. Volpi, *Esiste una forma di governo semipresidenziale?*, in L. Pegoraro, A. Rinella (a cura di), *Semipresidenzialismi*, op. cit., 25 ss.

presidenziale, al quale è demandata l'attuazione della politica presidenziale²³. Il Primo Ministro è membro del *Cabinet* (presieduto dallo stesso Capo dello Stato), composto da altri ministri di nomina presidenziale. Il *Cabinet of Ministers* assume una responsabilità collegiale nei confronti del Parlamento a struttura monocamerale.

L'attuale forma di governo dello Sri Lanka è il risultato di tre modifiche della Costituzione a partire dal periodo postcoloniale. Originariamente, la Costituzione varata nel 1947 dalla *Soulbury Commission*²⁴ contemplava una forma di governo basata sul modello *Westminster* in uno Stato unitario e centralizzato. Il testo costituzionale prevedeva la separazione dei poteri e un Parlamento bicamerale con una camera alta (*Senate*) ed una camera bassa (*House of Representatives*).

A causa delle difficoltà politiche legate alla possibilità di formare le necessarie maggioranze per approvare le riforme costituzionali, la nuova Costituzione fu varata soltanto nel 1972, mantenendo l'impostazione del modello *Westminster* e riconoscendo la *National State Assembly* come «*the supreme instrument of state power of the Republic*» (art. 5).

La Costituzione del 1972 proclamò lo Sri Lanka come Repubblica socialista, prevedendo un Parlamento monocamerale²⁵. Il *Governor General* venne sostituito dal Presidente, le cui funzioni furono in questa fase maggiormente condizionate dalle indicazioni del Primo Ministro.

La nuova Costituzione del 1978 attribuì all'organo presidenziale un ampio potere esecutivo²⁶, determinando il passaggio ad una forma di governo di tipo semipresidenziale²⁷.

²³ L'art. 43 della Costituzione cingalese prevede che il Presidente della Repubblica nomini Primo Ministro un membro del Parlamento che, secondo l'opinione del Presidente stesso, sia maggiormente in grado di ottenere la fiducia parlamentare.

²⁴ La commissione presieduta da Lord Soulbury (*Soulbury Commission*) nel 1944 fu incaricata di avviare il processo di indipendenza della colonia cingalese con la predisposizione di un testo costituzionale che prevedesse l'istituzione di un Parlamento bicamerale. La Costituzione del 1947 rimase in vigore per 24 anni.

²⁵ Il Senato fu eliminato con il *Ceylon (Constitution and Independence) Amendment Act* del 1971.

²⁶ D. Udagama, *The Democratic State and Religious Pluralism. Comparative Constitutionalism and Constitutional Experiences of Sri Lanka*, in S. Khilnani, V. Raghavan, A.K. Thiruvengadam, op. cit., 163.

²⁷ R. Hameed, *Parliament in a Presidential System*, in A. Welikala (a cura di), *Reforming Sri Lankan Presidentialism: Provenance, Problems and Prospects*, Colombo, Centre for Policy Alternatives, 2015, 69. Il Presidente J.R. Jayewardene, esponente dello *United National Party*, fu tra i fautori della nuova Costituzione e tra i sostenitori della necessità di un esecutivo forte: "(...) a strong executive, seated in power for a fixed number of years, not subject to the whims and fancies of an elected legislature". J.R. Jayewardene, *Relived Memories*, New Delhi, J.R. Jayewardene Centre, 1996, 15; R. Edrisinha, *Constitutional and Sri Lanka's Gaullist Presidential System*, in A. Welikala, op. cit., 934. T. Rahman, *Parliamentary Control and Government Accountability in South Asia: A Comparative Analysis of Bangladesh, India and Sri Lanka*, Abigdon, Routledge, 2008, 170 ss. L'Autore sottolinea come la Costituzione del 1978 abbia fatto prevalere la figura del Presidente rispetto al ruolo del Parlamento e del Primo Ministro. Significativa in proposito fu la dichiarazione del Presidente C.B. Kumaratunga (1994-2005) circa il ruolo del Primo Ministro: "Under our constitution the prime minister is merely a glorified minister. It takes just a one-sentence letter from me to dismiss the prime minister and his entire cabinet".

In base alle sue caratteristiche, la forma di governo dello Sri Lanka può, dunque, essere collocata nell'ambito delle dinamiche definite in dottrina come ipersemipresidenziali. Non a caso, la Costituzione del 1978 è stata definita come *Gaullist Constitution*²⁸, volendo sottolineare il ruolo affidato al Presidente sull'idea di C. de Gaulle del Capo di Stato portatore (e quindi guida) degli interessi e delle istanze della nazione²⁹.

Il richiamo al semipresidenzialismo di C. de Gaulle non è casuale se si considera l'incidenza che il conflitto tra l'etnia cingalese e quella tamil, a partire dagli anni Ottanta fino al 2009, ha avuto nella storia costituzionale dello Sri Lanka³⁰. Evidentemente la necessità della maggioranza cingalese di mantenere l'unità dello Stato e la propria egemonia condizionò la scelta di una forma di governo con un Presidente forte, anche nell'ottica di garantire il mantenimento di una forma di stato fortemente centralizzata³¹.

Il risultato delle elezioni presidenziali e politiche degli ultimi anni hanno contribuito ulteriormente ad enfatizzare la preminenza presidenziale, anche per la costante coincidenza tra maggioranza presidenziale e maggioranza parlamentare che ha limitato l'ipotesi della coabitazione a quella del 2001, per un periodo di poco più di due anni, quando le elezioni politiche furono vinte dal partito conservatore *United National Party* (UNP) mentre l'elezione del Presidente C.B. Kumaratunga fu sostenuta dal fronte politico *People's Alliance*, di ispirazione socialdemocratica.

È dunque evidente che, almeno sino al 2015, gli emendamenti costituzionali siano stati funzionali ad un consolidamento del ruolo del Presidente spinto dalle

²⁸ A.J. Wilson, *The Gaullist System in Asia: The Constitution of Sri Lanka (1978)*, Londra, Macmillan Press, 1981, XVI.

²⁹ P. Ignazi, *Presidenzialismo e semipresidenzialismo: separazione o condivisione dei poteri*, in *il Mulino*, 6, 1997, 1096-1097; G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, op. cit., 453. Il Presidente J.R. Jayewardene, che assunse il mandato dal 1978 al 1989, fu tra i fautori della nuova Costituzione e tra i sostenitori della necessità di un esecutivo forte. Esponente dello *United National Party*, si ispirò al modello semipresidenziale francese sottolineando la necessità di: "(...) a strong executive, seated in power for a fixed number of years, not subject to the whims and fancies of an elected legislature". J.R. Jayewardene, *Relived Memories*, J.R. Jayewardene Centre, New Delhi, 1996, 15.

³⁰ Il conflitto, che ebbe il suo momento più grave nello scontro armato iniziato negli anni Ottanta e terminato soltanto nel 2009, ha origini storiche risalenti ma è soprattutto negli anni Settanta che comincia ad aggravarsi in seguito alle istanze autonomico-federaliste dei tamil e all'introduzione di politiche economiche più liberali che determinarono un forte divario tra il ceto sociale medio e le classi a reddito più basso, specialmente di estrazione rurale. M. Casolari, *La Costituzione della discordia: i diritti delle minoranze alle origini della guerra civile in Sri Lanka*, in D. Amirante (a cura di), *Altre democrazie. Problemi e prospettive del consolidamento democratico nel sub-continente indiano*, Milano, Franco Angeli, 2010, 198 ss.; R. Edrisinha, *Meeting Tamil Aspirations within a United Lanka: Constitutional Options*, in R. Edrisinha, A. Welikala (a cura di), *Essays on Federalism in Sri Lanka*, Colombo, Centre for Policy Alternatives, 2008, 109 ss.

³¹ S.M. Aliff, *Reconciliation through the Devolution of powers in Post-war Sri-Lanka: a special reference to debates on 13th Amendment of the Constitution*, *Thammasat Review*, 18, 1, 2015, 117; M. Prasad Singh, V. Kukreja, *Federalism in South Asia*, Delhi, Routledge, 2016, 191; W. Jayampathi, *The Constitutional Framework*, in R. Amarasinghe, A. Gunawardena, J. Wickramaratne, A.M. Navaratna-Bandara (a cura di), *Twenty Two Years of Devolution: An Evaluation of the Working of Provincial Councils in Sri Lanka*, Colombo, Institute for Constitutional Studies, 2010, 1 ss.

componenti partitiche cingalesi preoccupate di mantenere la propria leadership politica a scapito delle minoranze etniche presenti nel Paese³².

4. La preminenza del Presidente ed il ruolo dei contrappesi.

Diversamente dall'esperienza francese in cui, pur essendosi verificate spinte assolutistiche, la tradizione liberal-democratica del sistema ha garantito la conservazione del regime democratico, nel caso dello Sri Lanka le spinte presidenziali hanno generato una condizione di scarsa democraticità alla quale, solo in tempi più recenti (grazie anche alla fine del conflitto armato con i tamil), si è cercato di porre rimedio. In effetti, è mancata quella stratificazione dell'ordinamento attraverso processi di decentramento che avrebbe consentito di gestire meglio l'eterogeneità etnica dello Sri Lanka rispetto alla quale lo Stato non ha assunto un ruolo imparziale ma di sostegno all'etnia prevalente³³.

Questa preminenza presidenziale si traduce in un Presidente eletto direttamente dal popolo, capo del Governo e titolare del potere esecutivo (art. 30) a cui è attribuito, fra l'altro, il potere di convocare, prorogare e sciogliere il Parlamento (art. 33, lett. c) verso il quale non assume alcuna diretta responsabilità³⁴. Ciò comporta che un'eventuale sfiducia del Parlamento alle politiche di governo può avere come conseguenza soltanto lo scioglimento del *Cabinet of Ministers* senza tuttavia precludere al Presidente di nominare un *Cabinet* con la medesima squadra di governo³⁵. L'art. 35 prevede che, per la durata del suo mandato, il Presidente gode dell'immunità e, pertanto, non può essere sottoposto a procedimenti giudiziari sia per gli atti che compie per il suo ufficio che per gli atti personali³⁶.

³² La scelta di introdurre un esecutivo forte fu ritenuta da molti come decisione necessaria per assicurare la stabilità di governo e la crescita economica del paese. A ben vedere, il problema principale del precedente sistema costituzionale, più che nell'instabilità risiedeva nell'eccessiva prevaricazione della maggioranza politica e nell'inadeguata tutela dei diritti fondamentali. Sul punto si veda R. Edrisinha, *Constitutional and Sri Lanka's Gaullist Presidential System*, in A. Welikala, op. cit., 934. L'Autore, richiamando le osservazioni critiche di J. Linz sul presidenzialismo, ritiene che in realtà non vi fosse alcuna esigenza reale di stabilità politica.

³³ La gestione dell'eterogeneità sociale dello Sri Lanka rivela profili molto diversi rispetto, ad esempio, a quella indiana dove invece è prevalsa storicamente l'idea di bilanciare il riconoscimento delle identità culturali con una buona *governance* degli Stati e con la difesa dell'unità nazionale. D. Amirante, *Lo Stato multiculturale*, Bononia University Press, Bologna, 2014, 31 ss.

³⁴ L'art. 33A prevede, tuttavia, che il Presidente è responsabile nei confronti del Parlamento "for the due exercise, performance and discharge of his powers, duties and functions under the Constitution and any written law, including the law for the time being relating to public security".

³⁵ Uno degli aspetti che rivela una certa debolezza istituzionale del Parlamento è la ridotta capacità di controllo e di incidenza sulla finanza pubblica. Sebbene l'art. 148 della Costituzione attribuisca al Parlamento il *full control over public finance* e l'approvazione dell'*Appropriation Bill* annuale, in realtà spesso i dati disponibili sulla situazione finanziaria dello Stato sono carenti tanto che nella prassi, solitamente, la spesa pubblica annuale eccede il budget approvato, compromettendo gli obiettivi di riduzione del deficit di bilancio.

³⁶ *Mallikarachchi v Shiva Pasupathy* (1985) 1 Sri L R 74 SC: "It is therefore essential that special immunity must be conferred on the person holding such high executive office from being subject to legal process or legal action and from being harassed by frivolous actions".

Il Presidente, il cui mandato ha una durata di cinque anni (art. 30), ha facoltà di partecipare alle sedute del Parlamento nonché di inviare messaggi; in particolar modo egli ha la facoltà di formulare dichiarazioni in merito alla politica di governo all'inizio di ogni sessione parlamentare. Al Presidente è inoltre attribuito il potere di dichiarare guerra, quello di adottare particolari disposizioni normative per garantire la sicurezza pubblica; infine, è attribuita la facoltà di indizione di referendum legislativi (art. 85)³⁷. L'art. 42 prevede che il Primo Ministro sia nominato dal Presidente che provvede anche alla nomina degli altri membri del *Cabinet of Ministers* e dei ministri che non vi partecipano, senza alcun vincolo verso il Primo Ministro. L'art. 42 prevede, inoltre, che il *Cabinet of Ministers* è collegialmente responsabile verso il Parlamento. Pertanto, l'eventuale mozione di sfiducia nei confronti del Primo Ministro o il voto contrario alla *Statement of Government Policy* non può comportare la caduta o le dimissioni del Presidente ma soltanto lo scioglimento del *Cabinet of Ministers*, nonostante i suoi componenti siano una proiezione presidenziale e malgrado la sfiducia riguardi la politica di governo elaborata dallo stesso Presidente.

In effetti, la possibilità del Primo Ministro di restare in carica è legata alla sua capacità di mantenere il sostegno della maggioranza parlamentare oltre che il sostegno del Presidente il quale, secondo alcune interpretazioni, può revocarlo d'ufficio³⁸. Le sedute del *Cabinet* sono presiedute dal Presidente che può anche assumere deleghe ministeriali. Al Presidente è attribuita, altresì, la nomina dei giudici delle corti più alte ivi compresi quelli della Corte suprema.

Il risultato delle elezioni presidenziali e politiche degli ultimi anni hanno contribuito ulteriormente ad enfatizzare la preminenza presidenziale, inducendo a ritenere che vi sia stata una transizione verso una forma di governo presidenziale. La costante coincidenza tra maggioranza presidenziale e maggioranza parlamentare ha contribuito ulteriormente a rafforzare il ruolo del Presidente che, a giudizio di alcuni, ha compromesso la tenuta democratica del sistema a causa della possibilità di trattenere deleghe ministeriali³⁹, sciogliere il Parlamento, nominare titolari di importanti cariche (tra cui anche i giudici delle corti d'appello) e disporre di poteri straordinari in caso di dichiarazione dello stato d'emergenza.

In realtà la tenuta democratica del sistema appare compromessa anche dalla mancanza di quegli elementi di contrappeso che nell'esperienza semipresidenziale francese, sia pur caratterizzata da spinte ipersemipresidenziali, hanno consentito di mantenere un assetto più democratico ed una condizione di maggiore equilibrio tra gli organi costituzionali, da ricercare, come osservato da autorevole dottrina⁴⁰, nella giustizia costituzionale e nell'organizzazione della pubblica amministrazione.

³⁷ L'art. 85 della Costituzione prevede che il Presidente possa sottoporre a referendum progetti di legge quando lo ritengano necessario il *Cabinet of Ministers* o la *Supreme Court*.

³⁸ In tal caso, il *Cabinet* viene sciolto ed il Presidente nomina i nuovi membri ed il nuovo Primo Ministro. Come accade in Francia, anche nello Sri Lanka il Primo Ministro si trova stretto nella 'morsa' tra l'autorità del Presidente e maggioranza parlamentare filo presidenziale.

³⁹ È il caso del Presidente D.B. Wijetunga.

⁴⁰ D. Amirante, *Il semipresidenzialismo "alla francese": un modello di successo*, in S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forma di governo. Modelli Stranieri e riforma costituzionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 1997, 202 ss.

Il ruolo avuto dal *Conseil constitutionnel* è stato rilevante non solo come garante della Costituzione ma anche come elemento di «stabilizzazione dell'intero sistema istituzionale», assumendo nel tempo non solo il ruolo di difesa del Presidente contro il Parlamento ma anche di difesa del Parlamento contro l'esecutivo.

Sotto questo profilo, il ruolo della *Supreme Court* nell'ordinamento cingalese è stato invece meno incisivo, sebbene di recente non abbia esitato a censurare i colpi di mano del Presidente in carica. Infatti, la *Supreme Court* costituisce il vertice del sistema giudiziale dello Sri Lanka e come tale è giudice di ultima istanza ma esercita anche la giurisdizione costituzionale (art. 125).

Una significativa differenza riguarda poi il ruolo della pubblica amministrazione. Oltre ad essere un importante strumento di supporto indipendente delle istituzioni di governo francesi, gli organi dell'*appareil d'Etat* giocano un ruolo importante nel rapporto tra Presidente, Primo Ministro e Parlamento, assumendo talvolta una funzione di contrapposizione proprio all'espansione del potere politico presidenziale oltre che di quello dei partiti. Lo Sri Lanka, invece, paga lo scotto di un apparato statale talvolta colpito da rilevanti fenomeni di corruzione, che ancora oggi restano un problema irrisolto. Senza contare la forte pressione esercitata dalla politica sugli ambienti giudiziari e sui mass media spesso utilizzati come strumento di propaganda governativa. A ciò si aggiungono i richiami che in passato l'organo presidenziale ha rivolto ai più alti gradi dell'amministrazione per rivendicare la loro responsabilità diretta nei confronti del Presidente⁴¹ che confermano il ruolo tutt'altro che imparziale dell'apparato burocratico rispetto all'espansione del potere politico presidenziale. A ciò si aggiunge il contributo dei consulenti di nomina presidenziale (*Presidential Secretariat*), titolari di poteri che li pongono al di sopra degli stessi ministri.

Senza trascurare, poi, l'importante funzione di contrappeso che nel modello francese ha la seconda camera del Parlamento, il Senato (inesistente invece in quello cingalese), che svolge una funzione critica rispetto alle maggioranze presenti nell'Assemblea nazionale, come dimostrano anche le recenti elezioni politiche⁴².

Tuttavia, sembra che proprio la mancanza di contrappesi in grado di garantire la tenuta dell'assetto democratico nel tessuto costituzionale cingalese abbia determinato negli ultimi tempi la prospettiva di una evoluzione dell'ipersemipresidenzialismo verso la forma di governo parlamentare, nell'intento di evitare degenerazioni assolutiste attraverso il recupero della centralità del Parlamento e della figura del Primo Ministro a scapito della preminenza presidenziale.

⁴¹ R. Edrisinha, *Constitutional and Sri Lanka's Gaullist Presidential System*, op. cit., 941: "President Premadasa argued that senior government bureaucrats including Secretaries to Ministers were primarily accountable to him rather than their Ministers as executive power was vested in him".

⁴² D. Amirante, *Il semipresidenzialismo "alla francese": un modello di successo*, op. cit., 201. L'Autore sottolinea come il Senato possa rappresentare una camera d'opposizione nei periodi di prevalenza del *fait majoritaire*, con una importante funzione di riequilibrio.

5. Elezioni presidenziali e riforme costituzionali nello Sri Lanka: una nuova stagione parlamentare?

In questo senso, l'elezione dell'ultimo Presidente dello Sri Lanka, M. Sirisena, avrebbe dovuto dare nuovo impulso al processo di revisione costituzionale in atto dal 2016 ed in special modo alla riconsiderazione del ruolo e dei poteri del Presidente. Non a caso, alcuni commentatori hanno sottolineato il valore referendario delle ultime elezioni tenutesi nel 2015 in cui veniva dato per favorito il Presidente uscente M. Rajapaksa, che alla fine ha dovuto scontare il tentativo di rafforzare eccessivamente il ruolo del Presidente. L'elezione di M. Sirisena è stata valutata da molti positivamente soprattutto in relazione alla possibilità di una maggiore partecipazione politica delle minoranze (come quella musulmana) alla vita politica⁴³. Inoltre, l'attuale Presidente ha contribuito a dare impulso ai lavori di un nuovo testo costituzionale che avrebbe dovuto inaugurare la nuova fase parlamentare, ponendo fine all'esperienza ipersemipresidenziale⁴⁴.

La fine del conflitto armato e il rasserenamento dei rapporti tra l'etnia tamil e quella cingalese hanno contribuito ad attenuare l'esigenza di mantenere un Presidente capo dell'esecutivo eletto a suffragio universale. Anzi, da più parti è stata proprio invocata la necessità di abolire il precedente sistema, introducendo un Presidente eletto dal Parlamento ed un Primo Ministro, capo dell'esecutivo, di espressione politica⁴⁵.

Tali indicazioni emergono anche nell'ultimo rapporto dello *Steering Committee* della *Constitutional Assembly* istituita nel 2016 in cui è stata proposta l'istituzione di una seconda camera parlamentare, rappresentativa delle province. A ben vedere, dall'analisi del rapporto e delle osservazioni che lo corredano, si coglie uno stretto legame tra il ridimensionamento della figura presidenziale e il decentramento in favore delle Province, con l'istituzione di una seconda camera parlamentare, rappresentativa delle Province. In passato, la rivendicazione dell'unitarietà dello Stato, soprattutto in risposta alle spinte federaliste tamil ha contribuito a consolidare il ruolo di un Presidente "forte" in grado di garantire quella unitarietà. In effetti il concetto di federalismo e di decentramento sono stati storicamente avvicinati all'idea di *separatism* e di disgregazione dell'unità statale fino a quando la Corte suprema (sentenza 4 agosto 2017), pur confermando

⁴³ Sebbene lo *Sri Lanka Freedom Party*, partito socialista democratico di ispirazione progressista, sia stato in diverse occasioni partito del Governo, le ultime elezioni presidenziali e quelle parlamentari hanno visto il successo dello *United National Party* (UNP). L'UNP, partito conservatore di ispirazione liberale, nel 2015 ha preso parte alla coalizione denominata *United National Front* che alle ultime elezioni presidenziali ha sostenuto la candidatura del Presidente M. Sirisena che, pur essendo esponente del partito *Sri Lanka Freedom Party* e membro del Governo del precedente Presidente M. Rajapaksa, è stato sostenuto dalla coalizione alla quale ha preso parte l'UNP.

⁴⁴ G. Pasquino, criticando coloro che ipotizzano un modello semiparlamentare laddove si verifichi la perdita di potere del Presidente a favore del Parlamento, non esclude invece la possibile evoluzione dal modello semipresidenziale al modello parlamentare. S. Ceccanti, O. Massari, G. Pasquino, op. cit., 100.

⁴⁵ Allo stato, la proposta di riforma del testo costituzionale prevede tre opzioni per l'elezione del Primo Ministro: elezione diretta; pre-nomina da parte dei partiti politici; elezione da parte del Parlamento secondo il modello *Westminster*.

l'indivisibilità dello Stato sancita dall'art. 2 della Costituzione, ha fatto breccia nello *Unitary State* cingalese. Secondo la *Supreme Court* l'assetto federalista non implica necessariamente un processo «separatista», evidenziando che la classica dicotomia Stato unitario-Stato federale può risultare fuorviante alla luce dell'esistenza di Stati unitari con caratteristiche dello Stato federale in cui operi una forte devoluzione di poteri ai livelli inferiori, e di Stati federali con caratteristiche di Stato unitario, nel caso di maggiori poteri attribuiti allo Stato centrale.

Questo orientamento trova riscontro nelle proposte della nuova Costituzione in cui il decentramento in favore dei Consigli provinciali dovrebbe essere rafforzato anche attraverso l'istituzione della seconda camera del Parlamento rappresentativa proprio delle province.

Il dibattito sulle riforme costituzionali è stato, però, recentemente animato da una crisi di governo innescata dalla destituzione da parte del Presidente M. Sirisena del Primo Ministro R. Wickremesinghe e la nomina, al suo posto, dell'ex Presidente M. Rajapaksa, noto per la politica fortemente repressiva durante il conflitto civile con i tamil⁴⁶.

L'episodio della destituzione di R. Wickremesinghe evidenzia come nell'ordinamento cingalese sia ancora forte la concezione di un Primo Ministro quale mero esecutore della politica presidenziale, anche nel caso di un Presidente come M. Sirisena, la cui elezione era stata accolta come un possibile contributo ad una maggiore democratizzazione dello scenario politico istituzionale dello Sri Lanka⁴⁷.

Invece, di fronte alle resistenze del Primo Ministro a dimettersi, il Presidente in carica non ha esitato a rimuoverlo nonostante i dubbi interpretativi delle disposizioni costituzionali, nominando il nuovo Primo Ministro. Inoltre, l'impossibilità di M. Rajapaksa di ottenere la fiducia del Parlamento per ben due volte (non avendo il partito del Presidente la maggioranza, venuto meno il notevole appoggio numerico del partito di R. Wickremesinghe⁴⁸) ha portato il Presidente ad optare per lo scioglimento dell'assemblea e l'indizione di nuove elezioni, altra scelta in contraddizione con il trend filo-democratico che sembrava stesse prosperando nella politica cingalese degli ultimi anni. Tali scelte sono state però censurate dalla Corte suprema la quale ha ravvisato l'incostituzionalità delle

⁴⁶ La scelta di nominare al suo posto M. Rajapaksa è derivata principalmente dalla vittoria che lo *Sri Lanka Podujana Peramuna* (SLPP), il partito cui appartiene, ha riscosso nelle ultime elezioni amministrative di febbraio 2018.

⁴⁷ Il Presidente M. Sirisena ha chiesto al Primo Ministro R. Wickremesinghe di dimettersi spontaneamente a séguito dell'incrinarsi del loro rapporto dovuto a divergenze su alcune scelte politiche e sui rapporti con India e Cina, alla decisione di M. Sirisena di non tener fede all'impegno di non ricandidarsi, al tentativo di R. Wickremesinghe di indagare sugli abusi perpetrati durante la guerra civile. Il tutto culminato con l'accusa di un complotto che proprio il Primo Ministro avrebbe organizzato per assassinare il Presidente.

⁴⁸ Il successo di M. Sirisena alle elezioni presidenziali del 2015 è stato determinato anche dall'appoggio politico di R. Wickremesinghe e del suo partito UNP, impegnato a scongiurare un nuovo successo elettorale del Presidente uscente M. Rajapaksa. Successivamente il sostegno politico è venuto meno a causa del successo alle elezioni amministrative del febbraio 2018 dello *Sri Lanka Podujana Peramuna* (SLPP), che fa capo a M. Rajapaksa.

iniziative presidenziali, con particolare riferimento allo scioglimento del Parlamento (art. 33). La Corte suprema, infatti, dopo aver confermato che lo scioglimento del Parlamento è esercizio del potere esecutivo⁴⁹, ha ritenuto che il Presidente avesse illegittimamente esercitato il suo potere poiché non era trascorso il periodo di quattro anni e sei mesi dall'insediamento del Parlamento, prima del quale l'art. 70 della Costituzione non consente lo scioglimento⁵⁰. La Corte suprema, quindi, ha confermato che, in base al combinato disposto degli artt. 33, 48 e 70 della Costituzione, il Presidente non può procedere allo scioglimento del Parlamento se non sono trascorsi almeno quattro anni e sei mesi dall'insediamento, a meno che non sia lo stesso Parlamento a richiedere lo scioglimento attraverso una risoluzione approvata da non meno di due terzi dei deputati.

Salvo a verificare quelle che saranno le conseguenze della crisi di governo sul processo di riforma costituzionale, è possibile affermare che i fattori che potrebbero determinare il passaggio ad una nuova fase parlamentare sono la fine del conflitto tamil-cingalese e il riconoscimento della possibilità di una più ampia partecipazione democratica, offuscata in passato dal dilagare di poteri presidenziali fortemente limitativi sia della partecipazione delle minoranze alla vita politica sia dell'autonomia degli altri organi costituzionali, come Parlamento e Primo Ministro. Il passaggio alla fase parlamentare è, dunque, determinata dalla rivendicazione di una richiesta di maggior tutela dei diritti fondamentali e di una maggiore possibilità rappresentativa delle minoranze.

Sotto questo profilo appare meritevole di attenzione la proposta di modifica del sistema elettorale contenuta nel *Report* dello *Steering Committee*, ma per il momento non contemplata nella bozza di emendamento costituzionale in discussione al Parlamento. Attualmente il Parlamento è composto da 225 membri, eletti con sistema proporzionale, su base distrettuale per 196 membri e su scala nazionale per i restanti 29 membri. Le modifiche proposte sembrano muoversi verso l'adozione di un *Mixed-member proportional* con cui il numero dei membri parlamentari aumenterà sino a 233, dei quali il 60% eletto sulla base del sistema *First Past the Post* mentre il restante 40% eletto su base proporzionale per garantire che la ripartizione dei seggi rispecchi una più veritiera rappresentazione proporzionale dei voti ottenuti per la prima camera⁵¹.

Il processo di revisione della Costituzione cingalese appare, tuttavia, ancora lungo, come dimostra l'acceso dibattito politico sui vari punti di riforma⁵². La

⁴⁹ SC FR Application No. 351/2018: "Therefore, it would appear that the exercise of the power of dissolution of Parliament (...) is one manner in which the President exercises executive power. That, in turn, would suggest that the dissolution of Parliament by the President is an executive act which falls within the definition of 'executive or administrative action'".

⁵⁰ Tale vincolo, tra l'altro, era stato introdotto recentemente dal diciannovesimo emendamento alla Costituzione introdotto nel 2015. Sull'emendamento del 2015 si veda A. Welikala, *Sri Lanka's Long Constitutional Moment*, in *The Round Table: The Commonwealth Journal of International Affairs*, 104, 5, 2015, 553 ss.

⁵¹ Come già accennato, è stata ipotizzata l'istituzione di una seconda camera, composta da 55 membri di cui 45 eletti dai *Provincial Councils* e gli ultimi 10 eletti dal Parlamento.

⁵² Non mancano forti contestazioni politiche alla revisione costituzionale in corso. Infatti, in occasione della presentazione in Parlamento della bozza del ventesimo emendamento vi sono

tenuta democratica dell'ordinamento è, dunque, sottoposta ad una prova impegnativa il cui successo dipenderà dall'introduzione di nuovi strumenti di controllo e di contrappeso del potere esecutivo e dal contesto comunicativo e di persuasione che le forze politiche, soprattutto di maggioranza, saranno in grado di mettere in campo coinvolgendo adeguatamente le forze politiche rappresentative delle minoranze etniche.

state forti reazioni da parte di forze politiche (tra cui quelle aderenti alla coalizione di centro-sinistra *United People's Freedom Alliance*-UPFA) che hanno denunciato il pericolo di violazioni della Costituzione ove mai le modifiche dovessero essere approvate.

Note e commenti

Suonala ancora Sam: la Corte di giustizia dell'Unione europea e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità sul posto di lavoro

di Paolo Addis

Title: Play it again Sam: The EU Court of Justice and the discriminations against persons with disabilities on the workplace

Keywords: Disability; Reasonable accommodation; Dismissal.

1. – La Corte di giustizia dell'Unione europea si è occupata in più occasioni della condizione giuridica delle persone con disabilità, con riferimento a quanto prescritto dalla direttiva 2000/78/CE. Quest'ultima ha come obiettivo il contrasto alle discriminazioni in ambito lavorativo, avendo riguardo a una serie di condizioni personali (religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali); tuttavia, dal momento che l'atto in questione non definisce che cosa debba intendersi per «handicap» o per disabilità, è stata la Corte a dover chiarire, nella propria giurisprudenza, una nozione utilizzabile ai fini dell'applicazione uniforme del diritto antidiscriminatorio dell'Unione. Si tratta di un percorso che ha una durata ormai ultradecennale e che è stato oggetto di un'attenta analisi da parte della letteratura giuridica (cfr. *ex multis* S. Favalli, D. Ferri, *Defining Disability in the EU Non-Discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints*, in *European Public Law*, Vol. 22, 3, 2016, pp. 541-567; L. Waddington, *Saying all the Right Things and Still Getting it Wrong. The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22, 4, 2015, pp. 576-591).

Questa nota contestualizza la decisione in commento all'interno di questo più ampio contesto giurisprudenziale, offrendo qualche spunto relativo ai motivi di interesse che essa può rivestire in prospettiva comparata, con riferimento all'impatto della decisione in questione sugli ordinamenti nazionali. Inoltre, presenta gli aspetti problematici relativi all'adattamento del diritto dell'Unione europea ai principi e alle norme contenute all'interno della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità.

2. – La decisione che qui si commenta nasce da una richiesta *ex art.* 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, presentata dal *Juzgado de lo Social n. 3* di Barcellona.

I fatti della vita da cui scaturisce la vicenda giudiziale sono facilmente sintetizzabili. DW viene assunta, il 1° luglio del 2004, dalla Nobel Plastiques Ibérica,

un'azienda che ha sede nel capoluogo catalano e produce componenti per l'industria automobilistica. Avendo figli in affidamento, DW effettua orari ridotti. Durante i suoi turni, al mattino e di notte, è addetta alla sagomatura dei tubi in plastica; lavora per 35 ore settimanali. Nel corso del 2011, a DW viene diagnosticata un'epicondilite: si tratta di una patologia ricompresa fra le sindromi da sovraccarico biomeccanico degli arti superiori, che colpisce il gomito. È un disturbo qualificabile come malattia professionale. DW deve sottoporsi a un intervento chirurgico nelle prime settimane del 2012 e si assenta dal lavoro in più occasioni, per un'inabilità temporanea, nel lasso di tempo compreso fra il settembre del 2011 e l'aprile del 2014. Un disturbo d'ansia ha poi causato altri periodi di assenza dal lavoro; uno di alcuni mesi (dal settembre del 2015 alla fine di marzo dell'anno successivo), l'altro decisamente più breve (dal 6 al 20 maggio del 2016).

Nel dicembre del 2011, DW è stata inserita fra «i lavoratori particolarmente sensibili ai rischi professionali». Secondo il diritto spagnolo, ai sensi dell'art. 25 della Ley 31 del 1995, deve essere specificamente garantita «la tutela dei lavoratori che, per le loro stesse caratteristiche personali o per il loro stato di salute noto, compresi i lavoratori a cui è stata riconosciuta una condizione di disabilità fisica, psichica o sensoriale, risultano particolarmente sensibili ai rischi derivanti dal lavoro», tramite appropriate e attente valutazioni dei rischi da parte del datore di lavoro. Spetta a quest'ultimo adottare le misure preventive e di protezione necessarie, in funzione delle valutazioni dei rischi. La disciplina nazionale dispone inoltre che i lavoratori non siano «assegnati ai posti di lavoro nei quali possano, per le loro stesse caratteristiche personali, per il loro stato di salute o per una disabilità fisica, psichica o sensoriale debitamente riconosciuta, porre se stessi, gli altri lavoratori o altre persone legate all'impresa in situazioni di pericolo; in generale, essi non sono assegnati a posti del genere quando si trovano manifestamente in uno stato o in una situazione transitori non rispondenti ai requisiti fisici e mentali necessari per coprire i posti di lavoro di cui trattasi.»

Col trascorrere del tempo le condizioni di DW non migliorano: nel corso del 2016 è costretta a rivolgersi ripetutamente al medico dell'impresa e chiede diverse volte un adattamento del posto di lavoro alle sue condizioni fisiche. A partire dall'estate del 2016, DW si assenta dal lavoro in diverse occasioni; a ogni rientro in azienda viene sottoposta a un controllo medico che ne conferma l'idoneità al lavoro, pur con alcune limitazioni (in particolare, vengono indicati, quali compiti adatti, quelli che comportino il maneggiare tubi di dimensioni ridotte, evitando quelli più grandi e pesanti).

A questo punto, però, si verificano gli eventi che conducono DW e la Nobel Plastiques Ibérica davanti a un giudice.

Dovendo licenziare una parte dei suoi lavoratori per ragioni oggettive, l'azienda adotta, con riferimento al 2016, quattro criteri per selezionare il personale in esubero: i) l'assegnazione ai processi di assemblaggio e di sagomatura di tubi in materia plastica; ii) una produttività inferiore al 95%; iii) una minore polivalenza all'interno dell'azienda; iv) la dimostrazione di un elevato tasso di assenteismo.

DW corrisponde perfettamente all'identikit di chi perderà il suo posto di lavoro: è addetta all'assemblaggio e alla sagomatura dei tubi di plastica, la sua produttività è sotto il 60%, le può essere assegnato un numero ridotto di compiti (non è quindi 'polivalente') e si è assentata spesso dal lavoro.

La lettera di licenziamento, dovuto a ragioni oggettive, arriva nel marzo del 2017, in un momento in cui DW è inabile al lavoro; la comunicazione da parte del datore fa riferimento a motivi economici, tecnici, di produzione e di organizzazione. Oltre a DW vengono licenziati altri nove dipendenti. DW ricorre contro il licenziamento presso lo *Juzgado de lo Social* di Barcellona; come detto, è stato quest'ultimo a porre alla Corte di giustizia le domande cui dà risposta la sentenza in commento.

3. – Il primo degli interrogativi sollevati dal giudice del rinvio riguarda la nozione di lavoratori particolarmente sensibili ai rischi, tratteggiata dall'art. 25 della l. 31/1995, già richiamato *supra*: la loro condizione può essere ricondotta alla nozione di disabilità, ai fini dell'applicazione della direttiva 2000/78?

Se questa prima domanda ha una risposta affermativa, il giudice catalano ne pone alla Corte del Lussemburgo altre tre.

Il licenziamento di una lavoratrice con disabilità (perché, appunto, particolarmente sensibile ai rischi a causa di una patologia) dovuto a ragioni economiche, tecniche, organizzative e produttive, riconnesse i) alla difficoltà nel raggiungere dei livelli di produttività minimi, ii) *aut* a una ridotta polivalenza, iii) *aut* ad assenze prolungate dal lavoro, può essere considerato direttamente o indirettamente discriminatorio?

3.1. – L'*iter* logico-giuridico della Corte parte, ancora una volta, da una ripermisurazione del concetto di disabilità: lo stato di salute di DW rientra nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78?

Preliminarmente, i giudici del Lussemburgo sottolineano che l'Unione europea ha approvato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (d'ora in avanti, semplicemente Convenzione ONU) con la decisione 2010/48. Quanto previsto dalla Convenzione è quindi entrato a far parte dell'ordinamento dell'Unione europea; nell'allegato II alla decisione del 2010, peraltro, si sottolinea come l'ambito regolato dalla direttiva in questione sia uno di quelli su cui la Convenzione stessa va a incidere, come sottolineato già più volte da precedenti decisioni della Corte stessa. Vengono richiamati, in particolare, i casi *HK Danmark* (C-335/11 e C-337/11), e *Daouidi* (C-395/15). Ciò implica che la direttiva, se del caso, deve essere interpretata in maniera quanto più possibile conforme a quanto previsto nella Convenzione medesima.

La nozione di «handicap» a cui si riferisce la direttiva 2000/78, quindi, «dev'essere intesa nel senso che si riferisce a una limitazione della capacità, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» (§ 41; fra le sentenze richiamate, oltre a *HK Danmark*, v. *Ruiz Conejero*, C-270/16). La direttiva non copre soltanto gli handicap congeniti o derivanti da incidenti, escludendo quindi quelli derivanti da una malattia. Se gli handicap derivanti da un'infermità fossero esclusi dall'ambito d'applicazione della direttiva, infatti, si produrrebbe un risultato paradossale, contrario alle finalità della direttiva stessa, dal momento che si produrrebbero conseguenze differenti per situazioni uguali, soltanto in ragione «della causa della disabilità»; inoltre, si precisa che la nozione di handicap deve essere intesa come ostacolo a svolgere un'attività professionale e non come un'impossibilità a svolgere tale attività (§§ 42-43). Viene poi toccato un aspetto che la Corte di giustizia aveva già affrontato, più diffusamente, nella sentenza *Daouidi*, circa la durata della limitazione della capacità e la lunghezza del periodo necessario per il superamento della menomazione. Appena oltre, la Corte precisa che le valutazioni relative agli accomodamenti ragionevoli di cui all'art. 5 della direttiva si collocano a valle rispetto alla «constatazione dell'esistenza di un "handicap"» (§ 46).

3.2. – A questo punto, esaurite le considerazioni preliminari, la Corte passa a esaminare il caso di specie, rimarcando che le questioni pregiudiziali riguardano una lavoratrice che «a causa di una malattia [...] ha sofferto, per un lungo periodo, di una limitazione della sua capacità lavorativa risultante da menomazioni fisiche» (§ 47); il fatto che DW fosse qualificata come lavoratrice particolarmente sensibile ai rischi professionali non

costituisce, di per sé, un motivo sufficiente per qualificarla come persona con disabilità ai sensi della direttiva 2000/78. La definizione di lavoratore particolarmente sensibile che si rinviene nella legge spagnola del 1995 non è sovrapponibile a quella di disabilità, *supra* riportata, esposta dalla Corte al § 41 della sentenza che qui si commenta. È quindi necessario che il giudice nazionale verifichi se lo stato di salute di DW abbia cagionato una limitazione delle capacità tale da rientrare all'interno delle coordinate tracciate dalla Corte stessa. In tal caso, quindi, si potrebbe dire che DW, nel momento in cui viene licenziata, è in una condizione di disabilità ai sensi del diritto dell'Unione europea.

La risposta alla prima domanda posta dal *Juzgado de lo Social* di Barcellona è quindi positiva, alle condizioni appena illustrate.

3.3. – Una volta risolta la prima questione pregiudiziale, la Corte deve affrontare altri tre interrogativi, logicamente subordinati alla prima domanda sottoposta alla sua attenzione.

Per quanto concerne la seconda, la terza e la quarta questione pregiudiziale, il giudice del Lussemburgo richiama il fatto che esse riguardano il licenziamento per «ragione oggettive» del lavoratore con disabilità, giustificato sulla base di circostanze oggettive (raggiungimento di una certa quota di produttività, dimostrazione di una minore polivalenza sul luogo di lavoro, tasso di assenteismo elevato).

Il licenziamento di DW, basato su simili criteri, è direttamente o indirettamente discriminatorio?

La Corte rileva innanzitutto come i criteri appena enumerati siano applicati in maniera identica a persone con disabilità e a persone senza disabilità. Non si tratta, quindi, di una discriminazione diretta, dal momento che essa si produrrebbe se avesse luogo una differenza di trattamento direttamente riconnessa alla disabilità (§ 57).

Per quanto riguarda l'esistenza di una discriminazione indiretta, i giudici del Lussemburgo osservano che i criteri di selezione utilizzati dalla Nobel Plastiques sono apparentemente neutri (§ 58).

Tuttavia, il criterio di selezione fondato sull'assenteismo è svantaggioso per il lavoratore con disabilità: «un lavoratore disabile è, in linea di principio, più esposto al rischio di registrare un tasso di assenteismo elevato rispetto a un lavoratore non disabile, dal momento che è soggetto all'ulteriore rischio di essere assente a causa di una malattia collegata alla sua disabilità.» (così al § 59). Un analogo rilievo può essere mosso per quel che concerne gli altri criteri oggettivi utilizzati dal datore di lavoro di DW: per il giudice del Lussemburgo «alla luce dei criteri di selezione per procedere al licenziamento, consistenti nel raggiungimento di una produttività inferiore a un livello determinato e nella dimostrazione di una minore polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa, un lavoratore disabile, a causa della limitazione della sua capacità, è, in linea di principio, meno idoneo ad ottenere risultati positivi rispetto a un lavoratore non disabile» (§ 60).

Però la Corte, appena dopo, sottolinea che la direttiva stessa fissa delle condizioni che escludono che un trattamento sfavorevole si trasformi in una discriminazione indiretta.

La condotta discriminatoria non avrà luogo se «il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi.»

Le «misure adeguate» previste dalla direttiva e rievocate dalla Corte sono le soluzioni (o accomodamenti) ragionevoli: come specificato dall'art. 5 della direttiva, «[p]er garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono

previste soluzioni ragionevoli. *Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili.»* (corsivo aggiunto).

Come già emerso in altre pronunce della Corte, il riferimento alle «soluzioni ragionevoli» va inteso con riguardo all'eliminazione delle barriere, di differente natura, che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei lavoratori con disabilità alla vita professionale «su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» (§§ 62-64).

Nel caso di specie, il diritto nazionale, stando alla decisione del giudice del rinvio, contiene una previsione secondo cui il datore di lavoro deve adottare misure tese alla prevenzione o alla compensazione degli svantaggi derivanti da disabilità come garanzia della piena parità sul lavoro. Effettivamente, dalla lettura dell'art. 40 del *Real Decreto Legislativo 1/2013*, traspare chiaramente come si tratti di disposizioni che traspongono all'interno dell'ordinamento spagnolo, pressoché letteralmente, quanto previsto dal diritto europeo; la disposizione in questione, al suo I comma, afferma che «Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad»; di seguito, si statuisce che «Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario».

2973

Secondo la ricostruzione dei fatti esposta dal giudice del rinvio, DW ha beneficiato, nel corso della propria esperienza lavorativa, di diversi adeguamenti (ad esempio, come evidenziato sopra, con riguardo alla dimensione dei tubi da maneggiare). La valutazione circa la congruità degli accorgimenti adottati rispetto alla nozione di soluzione ragionevole ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2000/78 spetta al giudice nazionale, acquisito ogni elemento utile ai fini della valutazione (§ 70). Se dovesse emergere un'insufficienza o un'inadeguatezza delle soluzioni adottate dalla parte datoriale si dovrebbe quindi qualificare il licenziamento subito da DW come indirettamente discriminatorio: la Corte sottolinea come, ai sensi della Convenzione ONU, il rifiuto di un accomodamento ragionevole costituisca una discriminazione.

Va infatti ricordato come l'art. 2 della Convenzione stessa statuisce che «per “discriminazione fondata sulla disabilità” si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole».

Va poi evidenziato che i giudici del Lussemburgo sottolineano che la direttiva, in ogni caso, come specificato al considerando 17, «non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili».

In conclusione, quindi, con riferimento alla seconda, terza e quarta domanda sottoposte alla sua attenzione, la Corte di giustizia chiarisce che il licenziamento di una

persona con disabilità a seguito di valutazioni di carattere oggettivo, come quelle utilizzate nel caso di specie, può avere un carattere indirettamente discriminatorio, fatto salvo il caso in cui il datore abbia adottato accomodamenti ragionevoli, per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento.

È, quest'ultima, una circostanza che spetta al giudice nazionale verificare.

4. – La decisione della Corte, come detto, restituisce il pallino del gioco al giudice nazionale: è al *Juzgado de lo Social* di Barcellona che spetterà decidere, finalmente, se DW si sia trovata in una condizione di disabilità o meno e se il suo licenziamento sia discriminatorio o no. Ma come si pone, in linea di massima, l'ordinamento spagnolo rispetto alla discriminazione lavorativa nei confronti delle persone con disabilità? Si tratta di una domanda lecita, tanto più se si osserva che diverse delle sentenze richiamate poco sopra (*Chacón Navas*, *Ruiz Conejero*, *Daouidi*) sono scaturite da rinvii ex art. 267 TFUE operati proprio da giudici iberici; anzi, il caso *Daouidi* e il caso DW sono di competenza della medesima autorità giurisdizionale nazionale.

Sul punto, possono tornare utili alcune riflessioni formulate dalla dottrina spagnola nel commentare la sentenza *Daouidi* e il suo seguito nella giurisprudenza interna.

Si può in fatti rilevare come la distinzione fra infermità (*enfermedad*) e disabilità (*discapacidad*), che la Corte di giustizia UE ha riconosciuto sin da *Chacón Navas* e ha poi mantenuto ferma anche nella decisione qui commentata, trovi un riscontro rilevante nelle sentenze del *Tribunal Supremo* e del *Tribunal Constitucional*.

Come rilevato da Ferrando García, quando il *Juzgado de lo Social* n. 33 di Barcellona si è pronunciato con riferimento alle vicende del sig. Daouidi (sent. 472/2016), la decisione è stata nel senso che la decisione dovesse considerarsi nulla, perché discriminatoria a cagione di una disabilità, ai sensi della direttiva 2000/78. Ciò sulla base, tra l'altro, della circostanza che i rilievi mossi dal datore di lavoro a proposito del rendimento del sig. Daouidi erano poco significativi o generici. La sentenza 472/2016 è stata poi revocata, nel 2017, dal *Tribunal Superior de Justicia* della Catalogna, sulla base di una corposa giurisprudenza del *Tribunal Supremo* e del *Tribunal Constitucional* spagnolo, volta a stabilire l'*improcedencia* del licenziamento del lavoratore a causa di assenze per motivi di salute, piuttosto che la sua nullità (cfr. F. M. Ferrando García, *La incapacidad temporal de duración larga y encierta como causa de Primera doctrina judicial española tras la STJUE de 1 de diciembre 2016, caso Daouidi*. SJS núm. 33, de Barcelona de 23 diciembre de 2016 [AS 2016, 1794] y STSJ Cataluña, de 12 de junio de 2017 [JUR 2017, 200425], in *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 202, Ott. 2017, pp. 237-246; fra gli altri commenti all'impatto di Daouidi sull'ordinamento spagnolo, si vedano altresì F. J. Hierro Hierro, *Despido y procesos de incapacidad temporal: una aproximación a la doctrina judicial y jurisprudencial española antes y tras la STJUE de 1 De Diciembre de 2016, Daouidi*, Asunto C-395/15, in *Revista Galega de Direito Social*, 4, 2017, pp. 91-132; L. M. Munín Sánchez, *Incapacidad temporal y despido. A propósito de una sentencia del Tribunal del Justicia de la Unión Europea de 1 de Diciembre de 2016, Asunto Daouidi*, C-395/15, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 21, 2017, pp. 384-391).

In particolare, il TC, nella sentenza 62/2008, aveva stabilito che un licenziamento per malattia non costituisce di per sé un licenziamento discriminatorio (e, quindi, nullo), dal momento che l'infermità non ricadrebbe nell'area di tutela predisposta dall'art. 14 della Costituzione spagnola del 1978 (ove si afferma che «Gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza che prevalga alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale.»)

Non è questa, ovviamente, la sede per affrontare un tema, come quello dell'incapacità lavorativa temporanea, ampiamente dibattuto dalla dottrina spagnola, non direttamente rilevante in ordine all'analisi della sentenza che qui si analizza. Sia qui sufficiente sottolineare come la posizione assunta dal TC con la succitata sent. 62/2008 e le critiche giurisprudenziali e dottrinali siano indicative di tensioni che – appunto – richiedono un'intensa attività ermeneutica per garantire la conformità del diritto interno al diritto dell'Unione europea. Peraltro, come segnalato da José Luis Moreneo Pérez, anche nell'ordinamento spagnolo la condizione delle persone con disabilità, nel prisma del diritto del lavoro, pare doversi definitivamente inquadrare in un'ottica multilivello; non solo per l'influenza, già rimarcata, del diritto dell'Unione europea, ma anche perché, come evidenziato all'interno del preambolo del già citato *Decreto Legislativo* 1/2013, la Convenzione ONU ha costituito il riferimento principale del testo normativo in questione, improntandolo al modello sociale della disabilità (cfr. J. L. Moreneo Pérez, *Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel*, in *Lex Social*, vol. 9, núm. 1, 2019, pp. 681-746; per una valutazione sull'impatto della Convenzione ONU sull'ordinamento spagnolo e – in particolare – sul suo formante giurisprudenziale, cfr. I. Campoy Cervera, *Spain*, in A. Lawson – L. Waddington, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, OUP, Oxford, 2018, pp. 385-416).

A quanto osservato si aggiunga il fatto che l'ordinamento spagnolo ha affrontato, nel corso degli ultimi dieci anni, profondamente segnati dalla crisi economico-finanziaria, un processo di erosione della dimensione costituzionale del lavoro: molte delle riforme varate dalla Spagna in questo settore paiono considerare il lavoro essenzialmente nella sua dimensione privata e contrattualistica, piuttosto che in una prospettiva collettiva e inerente all'interesse generale (si veda, al riguardo, A. Baylos, *La deconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012*, in *Revista de Derecho Social*, n. 61, 2013, pp. 19-41; v. part. p. 41).

Se si guarda all'ordinamento spagnolo in prospettiva comparata, si può rilevare come, per certi versi, esso regoli il licenziamento del lavoratore afflitto da infermità cronica in maniera simile a quello italiano (cfr. S. Martínez Fernandez, *Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, 1, 2015). In entrambi i casi, infatti, si vieta espressamente il divieto di discriminazione a causa di una disabilità, ma non quello a causa di una malattia. È una posizione – rileva Martínez Fernandez – abbracciata da diversi ordinamenti europei, pur con differenze sensibili, sia in ordine al livello a cui sono collocate le previsioni antidiscriminatorie nel sistema delle fonti (si pensi, ad esempio, a quanto statuito dall'art. 3 del GG tedesco, ove si afferma che «Nessuno può essere discriminato a causa di un suo handicap»; per un inquadramento dell'evoluzione del diritto antidiscriminatorio in Germania, si veda K. C. Heyer, *The ADA on the Road: Disability Rights in Germany*, in *Law and Social Inquiry*, Vol. 27, 4, 2002, pp. 723-762), sia per quanto riguarda l'ampiezza della nozione di disabilità adottata (si pensi, ad esempio, con l'*Equality Act* britannico del 2010; per un'analisi critica dell'*Equality Act* 2010, la cui nozione di disabilità sarebbe persistentemente ancorata al modello medico della disabilità, si rimanda a S. Butler Fraser, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 Measure up to UK International Commitments?*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 40, 4, 2011, pp. 428-438: Butler Fraser rilevava che «The CRPD's definition of disability is in stark contrast to the provisions on disability in the Equality Act 2010»; per una recente ricognizione sul lavoro delle persone con disabilità nel Regno Unito, si veda R. Morris, *Disabled People and Employment. A UK Perspective*, in N. Watson – S. Vehmas (eds.), *Routledge Handbook on Disability Studies*, II ed., Routledge, Londra, 2019, pp. 250-264). Ma è comunque necessario tenere presente il fatto che non è una scelta unanime; in Francia, a differenza

di quanto previsto negli ordinamenti or ora citati, la malattia è espressamente prevista fra le cause che possono fondare una condotta discriminatoria: infatti, l'art. 1132-1 del *Code du travail* prevede che «Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...] en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap [...]».

Si tratta di questioni e vicende su cui, focalizzando l'attenzione sull'ordinamento italiano, si è recentemente registrata un'interessante innovazione giurisprudenziale: la Corte di Cassazione, con la sent. 6798 del 2018, ha dovuto riaffrontare il *punctum crucis* della nozione di disabilità, confrontandosi proprio con la giurisprudenza della Corte di giustizia e il relativo obbligo di predisporre accomodamenti ragionevoli per evitare che vengano poste in essere condotte discriminatorie (cfr. anche Cass. 27243 del 2018; si veda almeno il commento di M. Aimò, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, fasc. 2, 2019, Giurisp., pp. 161-167; l'Autrice in questione, peraltro, sottolinea come il Supremo consesso abbia evitato, ancora una volta, di prendere in considerazione la qualificazione del licenziamento per inidoneità sopravvenuta: «se esso, cioè, sia qualificabile come ingiustificato, come la giurisprudenza di legittimità sembra continuare a fare, oppure se esso vada considerato come licenziamento discriminatorio per disabilità, come iniziano ad affermare alcuni giudici di merito» [così a p. 167]; decisione niente affatto scevra di ricadute pratiche, dal momento che comporta una diversa ripartizione dell'onere probatorio e differenti conseguenze sanzionatorie).

È possibile formulare qualche previsione sul seguito della pronuncia dei giudici del Lussemburgo a proposito del caso DW nel diritto spagnolo?

2976

Non è facile, al momento, dire quale impatto avrà la decisione che qui si commenta: tuttavia, la sua portata pare, di primo acchito, meno ampia di quella del caso *Daouidi*, ove l'oggetto della questione (ovvero, la determinazione della durata temporale di una data condizione di salute, affinché potesse parlarsi di disabilità) era sicuramente tale da comportare una maggiore eco. È certamente possibile che la giurisprudenza spagnola, a seguito di DW c. Nobel, guardi con maggiore attenzione alla condizione dei lavoratori che rientrino nella categoria definita dall'art. 25 della *Ley* 31/1995. Ma – come sottolineato in un commento a prima lettura, a opera di Ignasi Beltran de Heredia Ruiz – alcuni passaggi della decisione, con particolare riferimento alle risposte date alla seconda, terza e quarta questione pregiudiziale possono essere forieri di sviluppi interessanti, soprattutto in ordine a una qualificazione del licenziamento della persona in condizione di disabilità. Heredia Ruiz osserva che in una recente sentenza, inerente a un caso molto simile a quello di DW c. Nobel Plastiques, il *Tribunal supremo* ha affermato che è possibile considerare il licenziamento nullo solo nel caso in cui siano presenti due condizioni: condizione di disabilità e assenza di accomodamenti ragionevoli. Se, quindi, siano stati predisposti degli accomodamenti, verrà meno la seconda circostanza e il licenziamento non potrà essere considerato nullo, bensì *improcedente*.

Orbene, se si ha una discriminazione indiretta quando si pone in essere, da parte del datore di lavoro, un comportamento apparentemente neutro, la neutralità viene meno se non vi sia, alla base della condotta datoriale, una ragione oggettiva. Ma se si sospetta che la ricaduta negativa sul lavoratore sia qualificabile come direttamente discriminatoria – sottolinea Heredia Ruiz – allora non è possibile rifarsi all'art. 5 della direttiva e alle misure di accomodamento ragionevole, giacché la direttiva fa riferimento a quest'ultimo concetto solo con riferimento alla discriminazione indiretta. In altri termini, perché si passi a valutare la sussistenza e l'appropriatezza degli accomodamenti

ragionevoli, l'agire del datore di lavoro deve essere sorretto da una presunta neutralità: nel caso in cui «una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri» siano «immateriali» (come nel caso di criteri di produttività), allora «*no tiene sentido que se proceda a evaluar la posible incidencia de los «ajustes» que [...] se hayan podido adoptar con anterioridad para neutralizarlos*»; in tal caso, venendo meno il velo della neutralità, il licenziamento dovrebbe essere valutato come *direttamente* discriminatorio e pertanto nullo (cfr. I. B. de Heredia Ruiz *Enfermedad, despido objetivo y discriminación por discapacidad: el caso Nobel Plastiques*, 16 settembre 2019, in ignasibeltran.com/2019/09/16/enfermedad-despido-objetivo-y-discriminacion-por-discapacidad-el-caso-nobel-plastiques/).

Anche altri hanno sottolineato la complessità dell'intreccio che il giudice nazionale dovrà sbrogliare e l'attenzione che verrà dedicata al tema delle soluzioni ragionevoli non solo in sede giudiziale, ma anche da parte di chi, nelle aziende, si occupi di gestione delle risorse umane. Si è anche messo in luce come il richiamo, da parte della sentenza DW, al considerando 17 della direttiva («La presente direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili») possa lasciare uno spiraglio per decisioni estintive del rapporto di lavoro (lo sottolinea E. Rojo Torrecilla, *No pero sí, sí pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad [y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso]. Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 [asunto C-397/18] y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018*, 11 settembre 2019, disponibile online all'indirizzo www.eduardorjotorrecilla.es/2019/09/no-pero-si-si-pero-no-vueltas-con-el.html)

2977

5. – La decisione che qui si commenta, come detto in apertura, è da riconnettere a una giurisprudenza in costante evoluzione, all'interno di un percorso non lineare.

In un primo momento, la Corte aveva adottato una definizione improntata al modello medico della disabilità. Nella decisione Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA (C-13/05), infatti, si affermava che il concetto di disabilità è ben distinto da quello di malattia e che nel contesto delineato dalla direttiva 2000/78 «deve intendersi che la nozione di «handicap» va intesa come un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale.» (così al § 43). In conseguenza di ciò, Chacón Navas aderiva a una prospettiva secondo cui «[...] the problem lies in the individual, and not in the reaction of society to the impairment or in the organization of society». (cfr. L. Waddington, *Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006*, nyr, in *CMLR*, Vol. 44, 2007, pp. 487-499; il passaggio qui citato è a p. 491).

Al modello medico-individualista della disabilità, appena evocato, si contrappone, com'è noto, quello sociale, elaborato fra Regno Unito e Stati Uniti d'America nel corso degli anni Settanta del secolo scorso. In base al modello sociale della disabilità, a 'disabilitare' gli individui non sono le menomazioni o le limitazioni funzionali susseguenti, ma le barriere, le pressioni e i limiti, di vario genere, che la società impone loro. Non è questa la sede, ovviamente, per illustrare compiutamente l'evolversi del modello sociale, le sue potenzialità e i suoi limiti; ma va sottolineato che esso è uno dei costrutti concettuali alla base della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, evocata dalla Corte anche nel caso in commento. È stato proprio l'ingresso della Convenzione ONU nell'ordinamento dell'Unione europea (cfr. al riguardo D. Ferri, *The conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the*

EC/EU: A Constitutional Perspective, in L. Waddington – G. Quinn (eds.), *European Yearbook in Disability Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010) a creare le condizioni per un *overruling* di Chacón Navas. Esso è avvenuto con la sentenza HK Danmark., già citata: come detto, essa ha chiarito che esiste un obbligo d'interpretazione conforme del diritto dell'Unione alla Convenzione ONU (cfr. i §§ 30-32 della sentenza appena citata; per un inquadramento del rapporto fra diritto UE e diritto internazionale, v. P. De Pasquale, *Rapporti tra le fonti di diritto dell'Unione europea*, in *DPCE*, numero speciale, 2019, pp. 191-214; in particolare, v. pp. 207-209). Inoltre, in quello stesso caso, facendo leva sulla nozione di persone con disabilità delineata dall'art. 1 e dalla lett. E) del Preambolo alla Convenzione stessa, la Corte è giunta, non senza tentennamenti, a coniare una definizione ben più vicina al modello sociale della disabilità accolto dalla Convenzione ONU (v. al riguardo N. Betsch, *The Ring and Skouboe Werge Case: A Reluctant Acceptance of the Social Approach of Disability*, in *European Labour Law Journal*, Vol. 4, 2, 2013, pp. 135-142). Le decisioni Ruiz Conejero e Daouidi, già richiamate nell'illustrare alcuni passaggi della sentenza in commento, sembrano anch'esse confermare definitivamente una generale tendenza della Corte a guardare al modello di disabilità presupposto dalla Convenzione ONU per interpretare correttamente la direttiva 2000/78. Questi precedenti, però, pur essendo mossi da una medesima tensione, non paiono essere privi di punti problematici. A proposito del caso *Daouidi*, ad esempio, si è rilevato come la posizione assunta dalla Corte risulti essere, da ultimo, contraddittoria: da un lato, la Corte sembra tracciare – quasi in maniera azzardata – una linea di demarcazione fra limitazione (*limitation*) e menomazione (*impairment*), finendo per ampliare l'ambito della disciplina antidiscriminatoria e affermando che anche menomazioni di breve durata (o di durata incerta) possano avere effetti limitativi nel lungo periodo. Dall'altro lato, però, si è sottolineato come un'attenta lettura della sentenza *Daouidi* riveli una marcata reticenza, da parte della Corte, all'accostarsi in via definitiva a un'idea della disabilità saldamente radicata nel modello sociale, dal momento che i giudici del Lussemburgo evitano di interrogarsi sul ruolo delle barriere fisiche, culturali e sociali che, interagendo con le menomazioni, comportano il sorgere di una disabilità. Ciò pone la decisione della Corte in una posizione relativamente distante da quella adottata dal Comitato delle Nazioni unite nel caso S.C. c. Brasile (CRPD/C/12/D/10/2013). Inoltre, si è acutamente evidenziato come la Corte, con un simile argomentare, rischi di ottenere un risultato opposto rispetto a quello auspicato, aumentando la disomogeneità fra gli ordinamenti nazionali nell'interpretazione della direttiva 2000/78, anziché ridurla (sono questi i punti messi in luce da D. Ferri, *Daouidi v Bootes Plus SL and the Concept of 'Disability' in EU Anti-Discrimination Law*, in *European Labour Law Journal*, Vol. 10, 1, 2019, pp. 69-84; ma v. particolarmente p. 84).

Nel caso di specie, nel quale – lo si rileva per inciso – è assente qualsiasi rimando all'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (ove si dispone che «L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»), non pare che la Corte si sia troppo discostata dal punto di arrivo a cui era pervenuta con *HK Denmark* e *Daouidi*: pare sempre prevalente, nella definizione di disabilità formulata dai giudici del Lussemburgo, l'idea che sia necessario focalizzare la propria attenzione sulle condizioni di salute di DW, prendendo in considerazione in primo luogo le sue condizioni fisiche: ai §§ 48, 50 e 51 si fa riferimento allo «stato di salute», dal quale possono discendere delle «limitazioni», risultanti da «menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature».

La Corte non si è invece soffermata su cosa debba intendersi per «barriere» e sulle interazioni di queste ultime con le limitazioni, derivanti da una menomazione, fronteggiate da DW. Del resto, in letteratura si è sottolineato come il concetto di

“barriera” sia problematico: in un caso deciso dalla Corte suprema degli Stati Uniti d’America (*Sutton c. United Air Lines, Inc* [97-1943] 527 US 471 [1999]), considerato particolarmente restrittivo per quel che riguarda l’applicazione della nozione di disabilità tracciata dall’*Americans with Disabilities Act*, la Corte suprema ha considerato legittima la richiesta di un’acuità visiva pressoché perfetta al fine dell’assunzione come piloti di aeromobili, nonostante la disponibilità di mezzi di correzione di eventuali difetti della vista. L’imposizione di tale requisito da parte di una compagnia aerea non è stata quindi valutata quale “barriera” per una piena ed eguale partecipazione alla vita lavorativa e sociale; inoltre, in via di ipotesi, «*a fully barrier-free society would contain persons with impairments, but no disabled persons. If, however, impairments are themselves (partly) constructed, it becomes difficult to distinguish barriers from other forms of social arrangements*» (si sofferma su questi profili J. Grue, *Inclusive Marginalization? A Critical Analysis of the Concept of Disability, Its Framings and Their Implications in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Nordic Journal Rights of Human Rights*, 37, 1, pp. 3-17; le considerazioni qui esposte sono a pp. 9-10. Il corsivo è aggiunto; sull’influenza del diritto antidiscriminatorio statunitense sul diritto dell’Unione europea, cfr. V Perju, *Impairment, Discrimination, and the Legal Construction of Disability in the European Union and the United States*, in *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, 2, 2011, pp. 280-348).

Tornando alla sentenza commentata, si afferma le limitazioni di DW derivano precipuamente da un problema alle articolazioni delle braccia (un’epicondilita, come si è detto). Ma – per inciso – la Corte, al § 19, rileva come ai periodi di inabilità al lavoro abbia contribuito anche la diagnosi di un disturbo d’ansia. Nel testo della sentenza il riferimento al disturbo ansioso (che, potrebbe rientrare nella categoria delle «menomazioni mentali o psichiche») non trova altro spazio: si tratta di un aspetto che pare essere, nel caso di specie, secondario. Tuttavia, vale la pena sottolineare come la situazione di DW sarebbe da valutare con maggiore attenzione e come i rischi di discriminazione (indiretta) sul luogo di lavoro, nelle vicende che abbiano come protagoniste persone con disabilità mentale, siano meno facili da mettere a fuoco rispetto a quelli cui sono sottoposte le persone con disabilità fisica. Nel caso delle persone con disabilità mentale, infatti, la messa a punto degli accomodamenti ragionevoli da parte del datore di lavoro può richiedere un impegno e una sensibilità differenti, a fronte di scelte datoriali apparentemente neutre. Se a proposito dell’epicondilita di DW si può facilmente riconnettere al concetto di accomodamento ragionevole l’opportunità di evitare sovraccarichi biomeccanici che sollecitino eccessivamente i gomiti, non è affatto chiaro, da quanto riportato nella sentenza che qui si commenta, quale ruolo potrebbero avere giocato eventuali barriere immateriali (consistenti, ad esempio, in atteggiamenti e decisioni, non necessariamente ostili o di avversione, da parte di colleghi di lavoro di DW o dei suoi superiori) in interazione con eventuali limitazioni derivanti dal disturbo d’ansia. Quali potrebbero essere, in casi analoghi a quello di specie, i nessi fra la condizione di disabilità mentale di un lavoratore e l’inadeguatezza a rispettare determinati requisiti di produttività o di efficienza, magari fissati *ex post*, il cui mancato raggiungimento conduca al licenziamento del lavoratore stesso?

Si tratta di interrogativi su cui la giurisprudenza, europea e nazionale, dovrebbe riflettere, nella prospettiva di un allargamento della tutela occupazionale delle persone con disabilità mentale.

Inoltre, non pare sia stato approfondito, intersezionalmente, il punto relativo al fatto che DW è una lavoratrice, potenzialmente esposta a maggiori rischi di discriminazione (si rammenti che la Convenzione ONU contiene una norma, l’art. 6, espressamente dedicata alle donne con disabilità).

Nella sentenza DW contro Nobel, quindi, la posizione della Corte desta delle perplessità; anche a proposito di questa decisione si potrebbe affermare che, per quanto i giudici del Lussemburgo tentino di non discostarsi dal solco tracciato dalla Convenzione, il risultato del loro lavoro continui a non apparire del tutto persuasivo. Prendendo in prestito l'immagine utilizzata da Waddington (v. L. Waddington, *Saying all the Right Things...*, cit.), la Corte sembra ancora una volta 'voler dire le cose giuste', salvo poi continuare a decidere restando ancorata ad aspetti che sembrano legati al modello medico più che al modello sociale nell'accezione proposta dalla Convenzione ONU.

Va però messo in luce come, secondo parte della dottrina, allo stato attuale l'adesione compiuta al modello sociale della disabilità potrebbe essere impossibile, per il diritto dell'Unione.

Il modello sociale, infatti, si connota come potenzialmente sovversivo, dal momento che ha quale obiettivo ultimo la ridefinizione dei rapporti politico-economici dominanti e oppressivi nei confronti delle persone con disabilità; rapporti sui cui, invece, troverebbe fondamento l'idea di cittadinanza *market based* a oggi perseguita dall'Unione, aderente all'idea di responsabilità individuale del lavoratore/consumatore razionale, maggiormente compatibile con una concezione medica della disabilità: «The EU may be well placed to promulgate this social model of disability and to encourage convergence within the Member States, but in reality the construct of market citizenship seriously impedes any such aspirations» (cfr. C. O'Brien, *Union Citizenship and Disability: Restricted Access to Equality Rights and the Attitudinal Model of Disability*, in D. Kochenov (ed.), *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 509-539. Il passo qui riportato è a p. 509. Lo scritto appena citato trova a sua volta le proprie basi nelle riflessioni formulate in C. O'Brien, *I trade, therefore I am: Legal Personhood in the European Union*, in *CMLR*, 50, 2013, pp. 1643-1648).

2980

6. – In conclusione, vale la pena di osservare che il *punctum dolens* della sentenza in commento non è tanto quello, astratto, relativo al grado di sovrapposibilità della definizione di disabilità adottata dalla Corte di giustizia rispetto al modello sociale, nel declinazione che ha trovato accoglimento nella Convenzione ONU; sotto questo profilo, peraltro, non pare del tutto infondata l'osservazione secondo cui un limite di questo tipo di approccio può essere il fatto che il modello sociale non si presenta come unitario e univoco, ma ha trovato e trova differenti letture (cfr. J. Miller, *The European disability rights revolution*, in *European Law Review*, 1, 2019, pp. 66-88; v. pp. 67-68); del resto, si può sottolineare come proprio questo carattere proteiforme sia stato uno dei punti di forza e una delle ragioni della perdurante utilità del modello in questione (la letteratura in materia è molto ampia; cfr. da ultimo C. Barnes, *Understanding the Social Model of Disability: Past, Present, Future*, in N. Watson – S. Vehmas (eds.), *Routledge Handbook on Disability*, cit., pp. 14-31).

A destare le maggiori riserve, concretamente, è la mancata disamina, da parte della Corte del Lussemburgo, di che cosa debba intendersi per "barriera".

Un chiarimento al riguardo sarebbe utile in particolare per le circostanze in cui il lavoratore con disabilità debba fronteggiare ostacoli sociali e culturali; nonostante i profili critici, di carattere teorico, evidenziati sopra, si tratta di una questione che, fattualmente, può essere assai rilevante. Si pensi al caso «del lavoratore che venga discriminato perché portatore o sospetto portatore di patologie che non impediscono la prestazione di lavoro ma che sono comunque fonte di emarginazione ed esclusione in quanto derivanti da presunti o reali comportamenti pregressi socialmente non accettati o tali da ingenerare pregiudizi e timori infondati» (così O. Bonardi, *L'inidoneità*

sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione, in *QG*, 3/2018, pp. 101-112; cfr. segnatamente p. 107). Jeffrey Miller, sotto questo profilo, sottolinea opportunamente come la Corte Suprema della Stati Uniti, almeno in alcune fasi, abbia avuto un approccio differente, finendo per ricomprendere all'interno dell'area di protezione anche casi che non troverebbero tutela all'interno dell'ambito di azione della direttiva 2000/78 (J. Miller, *The European disability rights revolution*, cit, pp. 87-88). Prima del restringimento della nozione di disabilità, che la Corte suprema ha adottato con la decisione Sutton c. United, richiamata sopra, era stata considerata come una condizione di disabilità, suscettibile di discriminazioni, quella della persona HIV-positiva asintomatica (cfr. Bragdon c. Abbott, 524 US 624 [1998]), proprio in ragione dello stigma socio-culturale che ancora accompagna la condizione di sieropositività (cfr. al riguardo J.S. Crowley- G. R. Nevins, M. Thompson, *The Americans With Disabilities Act and HIV/AIDS Discrimination. Unfinished Business*, in *Jama*, 314, (3), pp. 227-228). Come sottolineato dall'autore in parola, «Unlike the US, the ECJ has never ruled that a victim of disability discrimination based strictly on the unjustified, false prejudices of an employer regarding what an employee can and cannot do falls within the ambit of Directive 2000/78»; una decisione in questa direzione sarebbe stata possibile, nel caso Kaltoft (C-354/13), in cui la Corte di giustizia ha affrontato la configurabilità dell'obesità come causa di disabilità. Nel caso di specie, l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, aveva messo in luce che la posizione assunta dalla parte datoriale (la municipalità danese di Billund) circa l'inadeguatezza del sig. Kaltoft a svolgere il suo lavoro di educatore d'infanzia era meramente presuntiva e fondata su un pregiudizio.

Se si adottasse, per costruire la condizione di disabilità, lo schema tendenzialmente triadico (menomazione – limitazione – barriere) solitamente utilizzato dalla Corte nei casi sinora citati, si sarebbe dovuto concludere che il signor Kaltoft era fuori dal raggio di azione della direttiva 2000/78; ma la decisione della Corte, lasciando spazio all'interpretazione del giudice nazionale danese, ha consentito a quest'ultimo di affrontare il tema della "disabilità percepita", espressamente vietata in alcuni ordinamenti nazionali (v. ancora J. Miller, *ibidem*). La Corte di giustizia, in futuro, affronterà in maniera più decisa questo nodo, soffermandosi sul concetto di barriere culturali, a proposito delle disabilità psicosociali? Troverà il modo di affrontare il tema della disabilità derivante dai pregiudizi sociali legati alle disabilità intellettive e alle disabilità psicosociali? Molto dipenderà da circostanze politico-fattuali; però un passo in questa direzione sarebbe di grande importanza, per una maggiore armonizzazione del diritto antidiscriminatorio europeo.

Deposizione testimoniale nel processo penale tra tutela della vittima e diritto alla difesa

di Enrico Ajmar

Title: Deposition in the criminal trial between victim protection and right to defense

Keywords: Witness; Right to defense; Victim protection.

1. – Con la pronuncia che si va ad annotare è stata definita dalla Prima Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea la causa avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale formulata dal Tribunale di Bari, concernente la compatibilità al diritto eurounitario della rinnovazione della deposizione di una persona offesa nel corso di un procedimento penale.

Il caso *de quo* prende avvio da una serie di condotte di riciclaggio e truffa attribuibili, secondo l'impostazione accusatoria, ai sigg. Gambino ed Hyka.

Per quanto in questa sede più rileva, accadeva che le vittime fossero sentite quali testimoni nel processo penale instauratosi dinanzi al Tribunale barese, in composizione collegiale.

A seguito del mutamento del collegio per assegnazione ad altra sede di uno dei tre componenti, il difensore del sig. Gambino rifiutava di prestare il proprio consenso alla lettura dei verbali delle deposizioni rese, chiedendo pertanto una nuova audizione delle persone offese.

Il giudice del rinvio, dubitando della conformità al diritto dell'Unione della normativa interna che consentiva tale potestà difensiva, effettuava un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. Il Tribunale nutriveva perplessità sulla legittimità di una disciplina che, *de facto*, avrebbe esposto la vittima ad un nuovo confronto sui fatti oggetto del procedimento penale, ritardandone altresì l'eventuale risarcimento.

2. – Prima di passare all'analisi del merito della controversia e della decisione della Corte, è d'uopo delineare il contesto normativo di riferimento.

Orbene, il parametro preso in considerazione è costituito dalla direttiva n. 2012/29 – sostitutiva della decisione quadro n. 2001/220/GAI –, con particolare riferimento agli artt. 16, 18 e 20, lett. b). Lo scopo che ivi si prefigge il legislatore eurounitario è quello di «garantire che le vittime di reato ricevano informazione, assistenza e protezione adeguate e possano partecipare ai procedimenti penali» (cfr. art. 1).

Più in particolare, le disposizioni richiamate dal giudice *a quo* impongono agli Stati membri di adottare una serie di accorgimenti al fine di garantire alla vittima «il diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento...entro un ragionevole lasso di tempo» (cfr. art. 16) e mezzi adeguati al fine di proteggere lei ed «i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici, e per salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori o le testimonianze» (cfr. art. 18).

Per quanto più attiene al procedimento *de quo*, inoltre, ai sensi dell'art. 20, lett. b), gli Stati membri devono assicurare che «il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e le audizioni abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale», fatti salvi tuttavia i diritti della difesa.

3. – Dato questo preambolo sul diritto eurounitario rilevante per la risoluzione del caso di specie, l'attenzione si può focalizzare sulle disposizioni del codice di procedura penale italiano della cui conformità al diritto eurounitario il Tribunale di Bari dubitava.

In particolare, l'art. 525, comma 2 c.p.p. dispone che «alla deliberazione (della sentenza) concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento».

La giurisprudenza di legittimità, operando una lettura coordinata della predetta disposizione con l'art. 511 del medesimo codice (rubricato “letture consentite”) aveva ormai graniticamente sancito che «nel caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della persona del giudice monocratico o della composizione del giudice collegiale (come nel caso di specie), la testimonianza raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante semplice lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante, quando questo possa avere luogo e sia stato richiesto da una delle parti» (cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., n. 2/1999; Cass., Sez. 3, n. 14154/1999).

Pertanto, secondo il diritto vivente, nel caso di testimonianze assunte in sede dibattimentale era possibile derogare ai principi di oralità e immediatezza esclusivamente in presenza del consenso (*rectius*: della non opposizione) delle parti.

In un caso, come quello *de quo*, in cui la difesa si opponeva alla lettura delle dichiarazioni già rese dinanzi al precedente collegio, non vi era altra possibilità se non quella di richiamare il testimone a sottoporsi ad un nuovo esame.

Come è facile intuire, una lettura del genere ben si presta a fenomeni di abuso del processo ad opera di “scaltri” difensori che profittino della precarietà degli uffici periferici per tentare di ottenere una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione (cfr. R. Muzzica, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso della Corte costituzionale per una regola da rimeditare*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 giugno 2019).

Proprio sotto tale profilo, il Tribunale di Siracusa aveva sollevato lo scorso anno una questione di legittimità costituzionale al fine di sollecitare una pronuncia di censura del diritto vivente ad opera della Consulta.

Con sentenza n. 132/2019, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione, attesa la peculiare formulazione del quesito che tendeva a porre il Giudice delle leggi in una situazione di alternatività tra due opzioni. Per quanto però più rileva in questa sede, appare evidente come la regola della rinnovazione obbligatoria, ossia sottratta alla sfera decisionale del giudice, non soddisfi la giurisprudenza di merito; elemento di cui sembra tenere conto la Consulta, nella misura in cui dà atto della distorsione che ha avuto il processo penale rispetto ai principi ispiratori del codice dell'88, suggerendo altresì al legislatore di intervenire per porre rimedio (cfr. R. Muzzica, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, cit.).

4. – Significativa è allora la decisione di operare il rinvio che ha dato origine alla decisione in commento.

Ebbene, in primo luogo i giudici di Lussemburgo osservano come l'art. 23 della direttiva n. 2012/29 operi una distinzione tra la fase delle "indagini penali" e quella del "procedimento giudiziario" (che nel rito italiano trovano corrispondenza rispettivamente nel procedimento in senso stretto e nel processo).

Poiché l'art. 20, lett. b) richiamato dal Tribunale barese fa riferimento proprio alla fase delle indagini, esso non appare applicabile al caso di specie; ancora – chiosa la Corte di Giustizia – la norma in esame ha lo scopo di limitare al minimo l'audizione delle vittime, senza però sancire alcun preciso limite quantitativo. A ben vedere, in realtà, tale formulazione lascia intendere piuttosto che la persona offesa possa essere chiamata a rendere più dichiarazioni.

Per quanto concerne invece gli altri parametri richiamati dal giudice *a quo*, ossia gli artt. 16 e 18, questi fanno salvi i diritti della difesa; diritti che sono tutelati non solo in sede eurounitaria, ma anche convenzionale. Motivo per cui è necessario trovare un punto di incontro tra il sistema della Carta di Nizza – e, più in generale, del nucleo normativo dell'Unione – e quello della Cedu.

È quindi d'uopo tenere in considerazione l'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha fatto propria con riferimento all'art. 6 della Convenzione, che sancisce il diritto alla difesa.

Affermano i giudici lussemburghesi che il diritto convenzionale impone che «coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza dell'imputato devono, in linea di principio, sentire di persona i testimoni e valutarne l'attendibilità» atteso che «la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un'attività complessa, che, normalmente, non può essere svolta mediante una semplice lettura del contenuto delle dichiarazioni di quest'ultimo, come riportate nei verbali delle audizioni». È allora evidente come «un mutamento nella composizione del collegio giudicante dopo l'audizione di un testimone importante deve, in linea di principio, comportare una nuova audizione di quest'ultimo» (cfr. parr. 42 e 43 della decisione in commento).

A supporto di tali asserzioni, la CGUE riporta quattro precedenti della Corte Edu, ossia le sentenze 5 luglio 2011 (*Dan. c. Moldavia*), 29 giugno 2017 (*Lorefice c. Italia*), 9 marzo 2004 (*Pitkanen c. Finlandia*) e 18 marzo 2014 (*Beraru c. Romania*). In verità, le pronunce richiamate non sono particolarmente pertinenti, atteso che le prime due si riferiscono all'ipotesi di *reformatio in peius* in appello, la terza origina da una complessa vicenda processuale che presenta numerosi profili più amministrativistici che penalistici e nell'ultima vicenda non vi è un mutamento del giudice persona fisica ma l'aggiunta di un magistrato a seguito di una riforma legislativa (per un approfondimento cfr., in particolare, S. Filippi, *Aspettando la Grande Chambre: uno sguardo alla sentenza Lorefice c. Italia e alla giurisprudenza precedente in materia di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello nel processo penale*, in *Dir. Comp.*, 12 ottobre 2017; S. Zirulia, R. Casiraghi, *Monitoraggio Corte Edu 2014*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 giugno 2014).

Certo è che, come osservato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni (cfr. par. 116), la giurisprudenza convenzionale ammette eccezioni al principio di immediatezza. A tal fine indica alcuni elementi da valutare in concreto, quali l'attendibilità e la rilevanza della testimonianza, nonché la necessità di garantire l'equità del procedimento (cfr. Corte Edu, 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*).

Ad ogni modo, per quanto concerne più nel dettaglio i profili di censura individuati dal giudice *a quo*, la CGUE rileva come la rinnovazione dell'audizione testimoniale non osti di per sé ad una pronuncia in tempi ragionevoli in punto risarcimento del danno; inoltre, dal tenore letterale dell'art. 18 della direttiva n.

2012/29, non si può desumere che il diritto eurounitario impedisca di ascoltare la persona offesa in dibattimento più di una volta. Tale pronuncia è del tutto conforme alla richiesta dell'Avvocato Bot che, nelle sue conclusioni, aveva evidenziato come la normativa eurounitaria non presentasse profili ostativi ad una nuova audizione del testimone-persona offesa.

5. – Alcune considerazioni a margine della sentenza in esame appaiono doverose. Ad oggi, infatti, il granitico orientamento di legittimità censurato dinanzi ai giudici lussemburghesi appare “smussato”; vero è che di recente le Sezioni Unite, che si sono pronunciate proprio sul principio di immutabilità del giudice nel contesto dibattimentale, hanno avuto modo di affermare che «l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 c.p.p., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p., anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione della stessa» e che «il consenso delle parti alla lettura ex art. 511 c. 2 c.p.p. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile» (cfr. Cass., Sez. Un., n. 41736/2019. Per un primo efficace commento, cfr. F. Lombardi, *Dalle Sezioni Unite “Bajrami” un vademecum sulla rinnovazione del dibattimento a seguito del mutamento del giudice*, in *Giur. Pen.*, n. 10/2019).

Si riconosce quindi, almeno a parole, al giudice di merito il potere di arginare pratiche difensive meramente dilatorie. L'analisi della futura giurisprudenza consentirà di comprendere i reali effetti di questo importante arresto.

“Diritto all’oblio” e portata territoriale del “diritto alla deindicizzazione”: la Corte ridisegna i confini applicativi

di Gianluca Bellomo

Title: “Right to be forgotten” and territorial scope of the “right to de-referencing”: The Court draws the new borders

Keywords: Right to be forgotten; Territorial scope; Right to de-referencing.

1. – Il «diritto all’oblio» si sostanzia, nella sua accezione originaria, nella facoltà da parte di un soggetto di richiedere la rimozione di notizie che lo riguardano, relative a fatti o vicende personali, pubblicate in un determinato periodo storico ma che, con il passare del tempo, perdono di rilevanza informativa. Molto è stato scritto sulle differenze di questo con il «diritto alla cancellazione», in particolari casi e condizioni, di dati personali (su cui *amplius* v. A. Ricci, *I diritti dell’interessato*, in G. Finocchiaro, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Torino, Zanichelli, 2017, 195-211). Proprio il diritto all’oblio, che era stato inizialmente pensato come forma di tutela nei confronti dei tradizionali mezzi d’informazione (per una ricostruzione storica cfr. M. Mezzanotte, *Il Diritto all’oblio*, Napoli, ESI, 2009), è stato successivamente esteso anche al mondo digitale. Infatti, dapprima con l’art. 12 della Direttiva 95/46/CE e poi, a far data dal 25 maggio 2018 con la piena entrata in vigore del Regolamento (UE) 2016/679 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati, in inglese c.d. GDPR) che ha abrogato la precedente Direttiva, è ora disciplinato all’art. 17 del GDPR dal significativo titolo “Diritto alla cancellazione («diritto all’oblio»)”, che da come è formulato sembrerebbe tra l’altro riunificare lo statuto giuridico delle due fattispecie storicamente separate.

L’applicazione al mondo digitale del «diritto all’oblio» ha comportato una serie di problematiche nuove nella contemperazione di questo con il «diritto all’informazione» e con i meccanismi di funzionamento delle nuove tecnologie, ed in particolare con la Rete e con i servizi offerti sul web (su cui M. Bassini, O. Pollicino, *Reconciling right to be forgotten and freedom of information in the digital age. Past and future of personal data protection in the EU*, in *DPCE*, 2/2014, 640-661; ma anche più in generale A. Monti, R. Wacks, *Protecting Personal Information*, Oxford (UK), Hart Publishing, 2019).

Tra le possibili declinazioni attuative di tale diritto è stata riconosciuta anche la facoltà, da parte dell’interessato (cioè del soggetto al quale si riferiscono i dati personali coinvolti), di richiedere ai motori di ricerca la rimozione di uno o più collegamenti a pagine web nelle quali siano contenute informazioni che appaiono associate ad una ricerca effettuata partendo dal proprio nome (c.d. «diritto alla deindicizzazione»). Tale

ultima estensione applicativa del diritto all'oblio è stata di fatto creata dalla giurisprudenza dell'UE con la ormai celebre sentenza Google Spain dell'aprile 2014 (Corte giust., Sent. 13.5.2014, Google Spain e Google, causa C-131/12, EU:C:2014:317, su cui degli oltre settanta commenti pubblicati e censiti a livello europeo v., tra quelli in italiano, almeno O. Pollicino, *Google rischia di «vestire» un ruolo para-costituzionale*, in *Quotidiano del Diritto*, 14 Mag. 2014, ma anche dello stesso autore, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. inform.*, 4-5/2014, 569-589; e *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy (osservazione a Corte di giustizia dell'Unione europea - Grande Sezione - 13 maggio 2014 - n. C-131/12 e 8 aprile 2014 - n. C-293/12, C-594/12)*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 2949-2958; inoltre A.L. Valvo, *Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione "digitale"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2/2015, 347-357; ma anche M. Bassini, *Google davanti alla Corte di giustizia: il diritto all'oblio*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 730-733).

In detta, ormai storica, pronuncia il giudice di Lussemburgo ha infatti riconosciuto che i link risultanti da una ricerca effettuata a partire dal nome di un soggetto possono essere definiti, a determinate condizioni, come «dati personali», alla luce della normativa in materia, e conseguentemente che i motori di ricerca, in qualità di soggetti qualificati come «titolari del trattamento» sono obbligati a garantire, ove richiesto ed ove ne ricorrano le condizioni previste oggi al citato articolo 17 del GDPR, l'esercizio del «diritto all'oblio» agli eventuali interessati attraverso la c.d. «deindicizzazione», cioè rimuovendo detti collegamenti dai risultati ottenibili dai propri utenti. Veniva così sancita dalla Corte nel 2014, almeno in linea di principio e salve alcune eccezioni, la prevalenza nell'ordinamento europeo del diritto al corretto trattamento dei dati personali sia sull'interesse economico degli operatori coinvolti, sia sul diritto ad essere informati degli utenti di internet. Ciò proprio attraverso l'obbligo della deindicizzazione, a determinate condizioni, dei link descritti. E questo indipendentemente dalla rimozione dei dati personali dalle rispettive pagine web richiamate dai link; o comunque anche ove la pubblicazione di detti dati indicizzati dal motore di ricerca fosse lecita da parte del sito web che li ospitava.

Proprio nella citata pronuncia si iniziarono a stabilire, inoltre, alcuni primi limiti di estensione territoriale di attuazione dell'obbligo di deindicizzazione da parte, nel caso di specie, del famoso motore di ricerca coinvolto, in particolare ritenendo sufficiente a far scattare tale obbligo lo stabilimento del soggetto gestore in uno dei paesi membri dell'UE in qualità di «titolare del trattamento» di dati personali (cfr. p.ti 57-60 della citata sentenza).

La sentenza qui oggi in esame, a distanza di cinque anni dalla prima, fornisce una ghiotta occasione alla Corte per tornare a pronunciarsi sul «diritto all'oblio», ed in particolare sulla c.d. «deindicizzazione». In questa occasione, infatti, vengono affrontati alcuni punti che erano rimasti sullo sfondo nella precedente sentenza del 2014 e che sono oggi presenti nelle questioni pregiudiziali, poste dal *Conseil d'État* (Consiglio di Stato) francese, proprio con riguardo alla portata territoriale di tale diritto. E, conseguentemente, alla estensione dell'eventuale obbligo di Google di rimuovere o meno (per un *interessato* che lo richieda e ne abbia diritto), dai risultati prodotti dal proprio motore di ricerca, quelli che conseguono ad una ricerca effettuata, all'interno del territorio dell'UE, a partire proprio dal nominativo dell'interessato stesso.

2. – La controversia oggetto della sentenza in commento nasce tra la società Google LLC (suceduta alla Google Inc.) e la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL, ovvero l'equivalente del Garante per la protezione dei dati personali in Italia), a seguito della sanzione di EUR 100.000 comminata dal Garante francese al gestore del

famoso motore di ricerca il 10 marzo 2016, sulla base del rifiuto da parte di Google, nell’eseguire una domanda di deindicizzazione, di applicare tale azione a tutti i *gTLDs* (*generic Top Level Domains*: cioè l’ultima parte dell’indirizzo DNS che viene inserito nel browser per accedere al motore di ricerca dagli utenti) tematici (es. .com) e geografici (es. .it, per l’Italia; .es, per la Spagna; .de per la Germania; ecc.) utilizzati per localizzare geograficamente il proprio motore di ricerca, e non solo su quella il cui nome di dominio corrispondeva allo Stato membro del richiedente (in questo caso .fr per la Francia).

Successivamente alla scadenza della diffida ad adempiere formulata dal CNIL Google propone in via complementare l’attuazione di un c.d. «blocco geografico». Cioè la possibilità di settare i propri motori di ricerca in modo tale da non consentire l’accesso, da parte di chi effettua ricerche a partire dal nome di un interessato e da un indirizzo IP che si presuma avere la medesima origine geografica (UE) di quest’ultimo, ai risultati da rimuovere, indipendentemente dalla estensione del motore di ricerca sul quale l’utente possa effettuare tale ricerca. Detta proposta veniva ritenuta insufficiente dall’Autorità francese che provvedeva comunque a comminare detta sanzione nei confronti di Google.

La Società, non condividendo tale pronuncia del Garante nazionale, proponeva ricorso di fronte al Consiglio di Stato francese chiedendo l’annullamento del provvedimento e della relativa sanzione.

Il Giudice di appello in prima battuta rilevava che se è vero che Google utilizza motori di ricerca con estensioni differenti per i diversi Stati membri nei quali opera, al fine di ottimizzare i risultati di ricerca, in particolare con riferimento alle differenti lingue utilizzate, è altrettanto vero però che l’attività posta in essere dai singoli fruitori del servizio può essere considerata come un «trattamento unico di dati personali» ai fini della normativa francese. Infatti, da una parte i link forniti in risposta alle ricerche effettuate dai differenti utenti sull’intero territorio europeo provengono da banche dati e da operazioni di indicizzazione comuni (p.to 36 sentenza); dall’altra esistono applicazioni-ponte («*gateway*») tra i differenti nomi di dominio dei vari motori di ricerca che reindirizzano automaticamente le ricerche, oltre alla presenza di marcatori («*cookies*») anche su estensioni DNS (*Domain Name System*) diverse da quella originariamente utilizzata dal singolo utente. Pertanto tale trattamento di dati personali sarebbe comunque effettuato nell’ambito di uno degli stabilimenti di Google (Google France) sul territorio francese e quindi sottoposto al diritto francese.

Dal proprio canto Google, di fronte al Consiglio di Stato, sostiene che la sanzione irrogata sarebbe fondata su una interpretazione errata della normativa francese, che recepiva l’art. 12, lett. b), e l’art. 14, primo comma, lett. a), della Direttiva 95/46, sulla cui base il giudice di Lussemburgo nella citata sentenza Google Spain ha riconosciuto un «diritto alla deindicizzazione». Infatti, secondo Google, nella sentenza del 2014 non verrebbe indicato alcun limite all’estensione territoriale dell’esercizio del diritto di rimozione dei link controversi e quindi non vi sarebbe alcun obbligo di rimozione automatica da tutti i nomi di dominio del proprio motore di ricerca in capo alla Società che lo gestisce. Attraverso tale interpretazione, sempre secondo il ricorrente, il CNIL con l’eccessiva estensione territoriale del riconoscimento del diritto alla deindicizzazione violerebbe sia i principi di cortesia e di non ingerenza, nella sovranità delle scelte di altri paesi non UE, sanciti dal diritto internazionale; sia le libertà d’espressione, d’informazione, di comunicazione e di stampa, riconosciute, in particolare, dall’art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE (p.to 38 sentenza).

Alla luce di quanto sopra, il Giudice del rinvio decide di sospendere il procedimento e di adire la Corte di Giustizia su tre questioni pregiudiziali.

La prima con la quale, in buona sostanza, si chiede se il «diritto alla deindicizzazione», così come introdotto dalla Corte con la sentenza del 2014 imponga, alla luce della normativa vigente all’epoca dei fatti, un obbligo alla rimozione su tutti i

nomi di dominio del motore di ricerca coinvolto così che i risultati oggetto della richiesta non vengano visualizzati. E ciò indipendentemente dal luogo dal quale viene effettuata la ricerca sul nome del richiedente e quindi anche se al di fuori dell'ambito di applicazione territoriale della Direttiva 95/46.

Con la seconda questione, ove la risposta alla prima fosse negativa, si domanda se il limite geografico di rimozione vada previsto per i soli risultati prodotti dal motore di ricerca con l'estensione dello Stato dal quale si effettua la ricerca o al più alle estensioni di tutti i Paesi membri.

Infine, con la terza ed ultima questione, la Corte viene interrogata sull'attuazione dell'obbligo di deindicizzazione. Cioè se tale obbligo debba essere interpretato nel senso che in caso di una richiesta legittimamente rivolta al gestore del motore di ricerca, questi debba procedere ad un c.d. «blocco geografico», nel senso sopra descritto, che non consenta, partendo dal nominativo dell'*interessato*, di avere alcun risultato tra quelli per i quali si vorrebbe la cancellazione da qualsiasi estensione del motore di ricerca, per il solo fatto di aver effettuato una richiesta da un indirizzo ip riconducibile allo Stato di residenza del richiedente o, più in generale, all'intero territorio dell'UE.

3. – Preliminarmente va evidenziato che la Corte, benché la domanda vertesse originariamente sull'interpretazione della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, avendo rilevato che tale normativa a partire dal 25 maggio 2018 è stata abrogata e sostituita contestualmente dal Regolamento (UE) n. 2016/679, ha ritenuto opportuno estendere la propria analisi delle questioni poste anche con riguardo all'attuale quadro normativo vigente, senza limitarsi a quello esistente all'epoca dei fatti, così da rendere tali risposte in ogni caso utili al giudice del rinvio (ma non solo a lui, verrebbe da dire).

Risulta utile per la Corte, inoltre, ricordare che, nel corso del procedimento di fronte alla stessa, Google ha dichiarato di aver già provveduto a modificare i motori di ricerca nazionali configurandoli in modo da non dipendere più dalla versione scelta dal singolo utente nel momento in cui digita il relativo indirizzo web da lui scelto nel browser, bensì questo sarebbe sempre automaticamente reindirizzato alla versione nazionale a seconda della sua presunta collocazione geografica, determinata dallo stesso motore di ricerca in base all'indirizzo ip dell'utente europeo.

Passando all'analisi delle questioni pregiudiziali poste, come era prevedibile, la Corte decide di trattarle insieme, essendo di fatto tutte e tre relative alla definizione esatta della portata territoriale materiale del diritto alla deindicizzazione per i singoli interessati europei e, specularmente, all'obbligo di Google di non fare apparire i risultati prodotti dal proprio motore di ricerca nelle varie versioni che gestisce a livello nazionale in UE, dell'intero territorio dell'Unione e/o a livello extra-europeo. Tutto ciò, ovviamente, con riguardo solo all'ipotesi in cui un utente europeo dal territorio UE, ma anche di un utente qualsiasi da un Paese terzo, decida di effettuare una ricerca partendo dal nome di un interessato.

La Corte con una lucida azione ermeneutica avvia il ragionamento ribadendo i principali punti fermi ormai stabiliti nel 2014, così come sopra ricordati, dai quali fa ripartire la propria azione definitoria, e riassumibili come segue: esiste un «diritto alla deindicizzazione», a specifiche condizioni e per un interessato che veda associati determinati risultati in caso di uso di un motore di ricerca a partire dal proprio nome da parte di un terzo, che va attuato nonostante la mancata rimozione sulle rispettive pagine web riportanti i dati richiamati e anche nel caso in cui sia lecita la pubblicazione sulle relative pagine web di detti dati; non è necessario che l'interessato dimostri che l'inclusione in un elenco di risultati derivante da una ricerca legata al proprio nome gli

debba arrecare un pregiudizio, ma può comunque chiedere che tale informazione venga negata al *grande pubblico*, ricorrendone i presupposti, sulla scorta degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE; il diritto in parola può essere fatto valere dai singoli interessati anche se il titolare del trattamento dei dati personali ha solo uno stabilimento (con una succursale o una controllata che dirige la propria attività di promozione e vendita di spazi pubblicitari) all’interno dell’Unione, rivolgendosi agli abitanti di uno Stato membro ed indipendentemente dal fatto che tale trattamento sia fatto all’interno o meno dell’Unione o che il motore di ricerca sia gestito da un’impresa di uno Stato terzo configurandosi, di fatto, un unico trattamento di dati personali.

Inoltre la Corte precisa che il «diritto alla deindicizzazione», oggi, è regolato dall’art. 17 del GDPR, che disciplina il diritto alla cancellazione e all’oblio, di fatto, riunendoli e definendo i casi nei quali gli interessati possono invocare tale diritto, oltre a fissare i limiti di fronte ai quali quest’ultimo diventa cedevole. Tra i limiti, particolare rilevanza assume il par. 3, lett. a) di detto articolo in cui viene specificato che il diritto all’oblio non si applica quando il trattamento in questione è necessario per garantire l’esercizio del diritto relativo alla libertà dell’informazione anche quando è esercitato tramite la rete internet. D’altra parte sia la Direttiva 95/46, sia il GDPR hanno come obiettivo, alla luce dell’art. 16 TFUE, di garantire un elevato livello di protezione dei dati personali degli interessati nell’intero territorio dell’Unione e una deindicizzazione massiva su tutte le varianti del motore di ricerca sarebbe idonea a soddisfare tale requisito (p.ti 54 e 55 sentenza).

Proprio nel bilanciamento tra elevato livello di protezione dei dati personali degli interessati (che il GDPR considera come “strumentale” – e dunque subordinato – alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell’individuo) presenti sul territorio europeo e di quelli localizzati in Paesi terzi, e garanzia del diritto ad essere informati, si è giocata la partita della delimitazione materiale del «diritto alla deindicizzazione» nella presente pronuncia.

La Corte, infatti, rileva, argomentando e sposando le tesi dell’Avvocato generale, che risulta coerente con il quadro normativo e con la giurisprudenza pregressa riconoscere un diritto alla deindicizzazione nel caso in cui una ricerca sia effettuata a partire dal territorio dell’Unione, alle condizioni già descritte, e che tale diritto vada riconosciuto in linea di principio sull’intero territorio dell’UE dal quale si effettui la ricerca. Ciò anche al fine di rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati al proprio interno (p.to 66 sentenza). Viene comunque lasciata la possibilità alle singole Autorità che hanno già obblighi di coordinamento a livello europeo in materia, di decidere di ridurre ad uno o più Paesi membri l’estensione di tale obbligo in base agli specifici interessi da tutelare (p.ti 67, 68 e 69 sentenza).

Ipotesi ben diversa, invece, è quella di imporre ad un motore di ricerca di rimuovere sempre e comunque detti risultati su tutte le sue estensioni. In tal caso infatti si produrrebbe il risultato che anche su ricerche effettuate (sempre a partire dal nominativo di un interessato, benché europeo) da un utente che si trova in un Paese terzo verrebbe automaticamente negata la possibilità di visualizzare i risultati deindicizzati. Così con l’obbligo di rimozione di detti link da tutte le versioni del proprio motore di ricerca si potrebbe ledere proprio quel diritto di informazione che singoli Paesi terzi avrebbero potuto collocare nel proprio ordinamento in posizione sovraordinata rispetto al diritto alla tutela dei dati personali, facendo una scelta di bilanciamento tra i due diritti differente da quella fatta dal legislatore europeo. A riguardo la stessa Corte rileva che in molti Stati terzi neppure è riconosciuto un diritto alla deindicizzazione (p.to 59 sentenza). Con tale ultima ipotesi si potrebbe avere, quindi, una indebita compressione del diritto costituzionale materiale di Internet di singoli Paesi terzi non consentendo di attuare appieno, in quei paesi che avessero deciso

di far prevalere il diritto all'informazione sul diritto alla tutela dei dati personali, il proprio modello costituzionale di tutela dei diritti.

Pertanto la Corte non esclude, come è stato rilevato in dottrina (O. Pollicino, *Limitare il diritto all'oblio è un rischio*, in *il Sole24Ore*, 24 settembre 2019, nota alla sentenza qui in esame), che tale ordine di rimozione totale possa comunque essere impartito a Google da un Tribunale o da una Autorità europea per quanto attiene ad un interessato presente sul territorio europeo, ma ritiene che tale disposizione debba comunque essere preceduta da una attenta valutazione, nonché da un bilanciamento dei possibili effetti immediati e sostanziali che potrebbero riverberarsi sulla persona coinvolta e che potrebbero derivare anche da un'assenza di pronto intervento (p.to 57 e 58 sentenza), ma – come si dirà oltre – con non poche difficoltà in termini di esecuzione della sentenza nel Paese terzo di destinazione, che in ossequio ai principi del proprio Ordine pubblico interno potrebbe decidere legittimamente di non applicarla.

Quindi in buona sostanza il diritto alla protezione dei dati personali, non costituendo un diritto assoluto, andrà di volta in volta bilanciato, in base al principio di proporzionalità, con gli altri diritti con i quali di volta in volta dovesse venire in conflitto. Ciò al fine di trovare, alla luce dei singoli casi concreti che si dovessero verificare, il miglior rapporto possibile con questi spingendosi, ove necessario e per quanto consentito, anche oltre i confini dell'Unione (p.to 72 sentenza) ma sempre e comunque in modo funzionale alla effettiva tutela dei diritti e delle libertà fondamentali di un *interessato*.

Infine, può risultare utile rilevare, nel caso di deindicizzazione limitata ad un solo Stato membro, che tale obiettivo può essere perseguito sia non consentendo di raggiungere affatto ad utenti della rete i link interessati, anche con il ricorso a strumenti alternativi (come ad esempio con la citata tecnica del c.d. «blocco geografico»); sia, quantomeno, scoraggiandoli *seriamente* dal raggiungere le informazioni deindicizzate. Così sarà ugualmente perseguito l'obiettivo di non rendere più accessibili alla *grande massa* quei dati collegati al nominativo dal quale è partita la ricerca degli utenti, primo vero obiettivo del diritto all'oblio. Infatti, in via generale, con riguardo proprio al diritto all'oblio, il danno ai diritti fondamentali del soggetto interessato sarebbe determinato non dalla conoscenza da parte di un numero limitato di persone delle informazioni in questione, ma solo ove tale conoscenza fosse facilmente raggiungibile dalla *grande massa* appunto. A riguardo non si può negare che esistano già delle tecniche che potrebbero consentire agli utenti di Internet di aggirare un eventuale «blocco geografico» (es. mascheramento dell'ip, utilizzo di VPN ecc.; ma anche semplicemente un viaggio per fare ricerche on line da un Paese terzo nel quale, a differenza del territorio UE, non vi sia stato un obbligo di deindicizzazione. Resterebbe quindi da capire se tali tecniche siano idonee a non consentire comunque l'accesso a tali informazioni alla *grande massa* e, quindi, se rappresentano o meno un serio elemento dissuasivo in base alle norme vigenti. Ovviamente il giudice o l'Autorità nazionale dovranno valutare anche questo nel decidere, di volta in volta, l'estensione territoriale dell'esercizio del diritto alla deindicizzazione. Così come, nel caso in commento, la Corte ha fatto rinviando al Consiglio di Stato francese tale valutazione.

4. – Sia consentito infine solo il richiamo ad alcune questioni problematiche che non hanno ancora trovato una piena soluzione.

La prima attiene, come già rilevato dalla dottrina (su cui cfr. O. Pollicino, *Google rischia di «vestire» un ruolo para-costituzionale*, *op. cit.*), al fatto che Google attraverso la scelta se riconoscere o meno ad un interessato il diritto alla deindicizzazione (ma anche a seconda dell'estensione territoriale attuativa che dovesse decidere di attuare per ogni singolo caso per tale diritto), di fatto, si trova a svolgere un compito cardine nel

bilanciamento tra interessi in gioco e quindi nella garanzia di diritti fondamentali, assumendo quindi un ruolo di primo piano nel diritto costituzionale materiale di internet, con rilevanti conseguenze sulla migrazione di porzioni di sovranità statale, in tale ambito, verso un soggetto con natura privatistica.

La seconda riguarda l’eventuale esercizio dell’opzione di deindicizzazione su scala globale. Infatti, come visto sopra, potrebbero esistere dei casi nei quali le singole Autorità di controllo dei Paesi membri o le Autorità giudiziarie, dopo aver effettuato il bilanciamento tra gli interessi in gioco, decidano di ordinare al gestore di un motore di ricerca di attuare una deindicizzazione su scala globale, cosa, come ricordato, non vietata dal diritto europeo. Ebbene sul tema si pongono non pochi dubbi applicativi di tale disposizione. Infatti, se con meccanismi sanzionatori si potrebbe cercare di intervenire sull’operatore che ha uno *stabilimento principale* in un Paese membro, risulterebbe difficile invece traslare la responsabilità su un eventuale *rappresentante* in caso contrario. O ancora, come si potrebbe garantire l’*enforcement* del provvedimento per operatori che svolgono la propria attività esclusivamente in Paesi terzi?

La terza ed ultima questione attiene, invece, ad almeno tre ulteriori profili problematici che non sono stati sottoposti alla Corte (su cui per approfondimenti v. Y. Padova, *Is the right to be forgotten a universal, regional, or ‘glocal’ right?*, in *International Data Privacy Law*, 2019, vol. 9, no. 1), ma che potranno assumere un ruolo di primo piano nella corretta determinazione dell’estensione del diritto alla deindicizzazione e che qui, data l’economia del presente lavoro, ci si limiterà solo a richiamare.

In primis, infatti, vanno evidenziati tutti i dubbi che restano sulla qualificazione giuridica di Google quale «titolare del trattamento», anche dopo la scelta in tal senso fatta dalla Corte nel 2014, restano di fatto ancora da valutare più approfonditamente tutte le conseguenze giuridiche legate a tale scelta.

Altra questione attiene, poi, alla definizione giuridica delle operazioni poste in essere da un motore di ricerca in fase di catalogazione dei siti web e di risposta ad una ricerca effettuata da un utente, e quindi se il motore di ricerca pone in essere una *singola operazione*, benché da molteplici punti tecnici di accesso, o meno. Infatti, ove si trattasse di una singola operazione questo sembrerebbe aprire maggiori spazi giuridici sul potere d’intervento *globale* da parte delle Autorità nazionali, così come sottolineato dal CNIL nei confronti di Google.

Da ultimo resta da sciogliere il nodo della durata temporale da assicurare al diritto alla deindicizzazione, e quindi al diritto all’oblio. Infatti potrebbe risultare sproporzionata la mancata fissazione di un termine oltre il quale il gestore del motore di ricerca non abbia più l’obbligo di garantire tale diritto. Come è stato recentemente rilevato, peraltro, «the debate cannot be restricted to a contrast between the right to protection of personal data, on the one hand, and the right to freedom of speech and information, on the other. Preserving information, even the less relevant, and even that related to non-public individuals is a way to preserve the collective memory of a society. Museums are filled with ordinary, quotidian artefacts, scraps of parchment or paper containing shopping lists, trivial agreements, and personal communications. They are an invaluable treasure chest of information that our ancestors left us, and that we are at risk of denying to our descendants.

In short, the right to be forgotten is unrelated to the right to privacy, but if misinterpreted could endanger the ability of posterity to learn how we were.» (A. Monti, R. Wacks, *op. cit.*, 114).

Proprio sul terreno della soluzione giuridica e materiale di queste problematiche, e non solo, si giocherà la partita globale dell’affermazione, della conformazione giuridica e della effettività del c.d. «diritto alla deindicizzazione».

La deindicizzazione dei risultati di ricerca *online*: diritto all'oblio e libertà di informazione in una recente pronuncia della Corte di giustizia

di Giorgio Bonerba

Title: The dereferencing of online search results: right to be forgotten and freedom of information in a recent decision of the Court of Justice

Keywords: Dereferencing; Right to be forgotten; Freedom of information.

1. – Con la sentenza del 24 settembre 2019 in causa C-136/2017, GC, AF, BH, ED c. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (di seguito CNIL), la Corte di giustizia è tornata a esprimersi sul delicato rapporto fra diritto all'oblio dei singoli e libertà di informazione del pubblico. Insieme alla sentenza emessa in pari data in causa C-507/17, Google v. CNIL, con la quale la Corte si è pronunciata sull'applicazione della normativa sulla privacy soltanto entro i confini dell'Unione europea – cercando di risolvere una serie di difficoltà sul versante della territorialità della tutela – la decisione in oggetto contribuisce a integrare e a specificare quanto inizialmente affermato con la sentenza del 13 maggio 2014 in causa C-131/12, Google Spain e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González.

La tutela del diritto all'oblio, come noto, affonda le proprie radici nel rapporto, a volte complesso, tra diritto alla riservatezza, da un lato, e libertà di stampa, diritto di cronaca e libertà di informazione, dall'altro (per alcune osservazioni, talora anche critiche, si veda G.B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, pp. 801 ss.). Quando ancora non esistevano gli attuali mezzi di comunicazione informatici, non era infrequente che fatti di cronaca ormai superati fossero riportati alla luce in un secondo momento, con la possibilità che gettassero discredito su soggetti che nel frattempo erano riusciti a ricostruire la propria reputazione. Ulteriore ipotesi delicata era la rintracciabilità delle medesime notizie in banche dati aventi una certa diffusione.

In questi casi, la giurisprudenza ha elaborato, nel corso del tempo, la nozione del diritto all'oblio come forma di tutela della riservatezza del singolo e limite alla libertà di stampa, alla libertà di informazione e al diritto di cronaca (*rectius*: di ricostruzione storiografica, come affermato recentemente da Cass. SS.UU. 22 luglio 2019, n. 19681). Secondo tale impostazione, un soggetto ha diritto a che determinati eventi del proprio passato, che ritenga lesivi della propria reputazione, non siano nuovamente resi pubblici ove sia trascorso un lasso considerevole di tempo e non vi sia un interesse attuale alla

ripubblicazione della notizia. Come ha affermato la Corte di cassazione in una delle primissime pronunce sull'argomento, sussiste un vero e proprio "diritto al segreto del disonore" (Cass., sez. I, sent. 13 maggio 1958, n. 1563) che prevale sulla libertà di informazione. L'assenza di una previsione normativa espressa nell'ordinamento italiano non ha impedito a giurisprudenza e dottrina di trovare un fondamento giuridico e costituzionale al diritto all'oblio, rinvenibile negli artt. 2, 3 e 15 della Costituzione. Diversa e più articolata, ad esempio, è stata invece l'esperienza francese, nella quale fin dal 1978 esiste una legislazione organica in materia di protezione dei dati personali e la giurisprudenza si è più volte soffermata sulla portata del diritto in esame sia con riferimento alla ripubblicazione di notizie ormai inattuali, sia in relazione alla presenza di informazioni ormai superate all'interno di banche dati (per l'esame di alcuni casi, si rinvia a M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009, pp. 211 ss.).

Con l'avvento di Internet e degli strumenti informatici, la difficoltà di assicurare la riservatezza sul proprio passato è aumentata in maniera esponenziale. La possibilità che un determinato contenuto sia replicato un numero indeterminato di volte e la facile reperibilità del materiale assicurata dai motori di ricerca rende molto più difficile il controllo sulle informazioni disponibili. Una notizia potenzialmente lesiva per la reputazione di un soggetto può essere reperita agevolmente e senza particolari sforzi mediante una semplice ricerca del nome del medesimo soggetto. Il diritto all'oblio ha assunto, dunque, una portata nuova e di maggiore rilevanza, perché la sua attuazione consente ai singoli di salvaguardare, per quanto possibile, la propria sfera di riservatezza da un uso distorto dei mezzi di comunicazione. Si tratta di un fenomeno che pone difficoltà di un certo rilievo in tutti gli ordinamenti per via della diffusione potenzialmente incontrollabile delle informazioni (in argomento, v. ad esempio O. Pollicino, M. Bassini, *Diritto all'oblio: i più recenti spunti ricostruttivi nella dimensione comparata ed europea*, in F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013, pp. 185 ss.) e che sta trovando sempre più spazio nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Si pensi ad esempio, alla sentenza della Corte di cassazione italiana, sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525, che ha affermato il diritto alla contestualizzazione delle notizie presenti negli archivi on line dei quotidiani, vale a dire il loro aggiornamento agli ultimi sviluppi delle relative vicende. Nell'ordinamento francese, invece, esiste una disciplina normativa più articolata che consente addirittura di delineare una responsabilità civile del gestore di un motore di ricerca nel caso in cui metta a disposizione un contenuto illecito e abbia conoscenza di tale carattere. L'art. 6 della legge 2004-575 del 21 giugno 2004, in particolare, prevede che tale conoscenza si presume nel momento in cui lo stesso gestore riceva una segnalazione circostanziata. Sulla base di tali disposizioni, ad esempio, il Tribunale di grande istanza francese ha ingiunto a Google di cancellare i risultati di ricerca aventi contenuto pornografico relativi all'attrice ricorrente (*ordonnance de référé* del 15 febbraio 2012, Diana Z.). Da ultimo, poi, il *Bundesverfassungsgericht* tedesco ha avuto modo di pronunciarsi in materia di diritto all'oblio con due pronunce del 6 novembre 2019 di notevole rilevanza che saranno richiamate in maniera più specifica nel prosieguo e che hanno individuato i tratti più salienti della tutela del diritto all'oblio a partire sia dalla Legge fondamentale tedesca (sent. 1-BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*), sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (sent. 1-BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*).

2. - Il diritto dell'Unione europea, come noto, accorda particolare rilievo alla protezione dei dati personali fin dagli anni Novanta, prima con la direttiva 95/46/CE, poi con l'espresso riconoscimento del diritto alla protezione nell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e poi, in maniera ancor più incisiva, con il regolamento 2016/679/UE. Attraverso gli strumenti previsti dalle fonti normative richiamate,

l'interessato è in grado di ottenere adeguata tutela da possibili trattamenti illeciti dei propri dati. Con particolare riferimento al diritto all'oblio, giova ricordare che, pur non essendo espressamente richiamato nella direttiva 95/46, già era possibile ottenere la cancellazione dei dati in caso di trattamento contrario alla medesima direttiva. Così, ad esempio, ai sensi degli artt. 8 e 9 il trattamento di dati sensibili quali quelli relativi alle opinioni politiche o agli orientamenti religiosi avrebbe potuto essere effettuato solo in presenza di un espresso consenso dell'interessato o per difenderne determinate posizioni, o da parte di associazioni orientate o nell'ipotesi di dati resi pubblici dallo stesso soggetto interessato o utili per la difesa in giudizio dei propri diritti; ulteriori eccezioni erano previste nel caso di finalità giornalistiche o artistiche o per il trattamento di dati relativi a processi penali. Con l'art. 17 del regolamento 2016/679, che disciplina il diritto alla cancellazione dei dati, il diritto all'oblio ha trovato espressa menzione nel testo normativo, sia pur nella sola rubrica dell'articolo, con ciò ottenendo un fondamento più solido. L'interessato può ora chiedere la cancellazione dei dati ove il trattamento non sia più necessario, se, più semplicemente, revoca il proprio consenso, se si oppone al trattamento, se quest'ultimo è avvenuto illecitamente o se occorre adempiere un obbligo legale. Il diritto alla cancellazione trova, comunque, alcune eccezioni, tra cui spicca, in relazione al diritto all'oblio, la libertà di espressione e di informazione.

La questione relativa alla deindicizzazione di risultati reperibili attraverso i motori di ricerca è stata già affrontata dalla notissima e già richiamata sentenza del 13 maggio 2014 in causa C-131/12, *Google Spain*, originata dalla richiesta, formulata da un attore spagnolo, di rimuovere dai risultati di ricerca l'avviso di un'asta immobiliare su un bene soggetto a pignoramento, pubblicato su un sito specializzato (in argomento v. per tutti G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2014, pp. 591 ss. e G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015).

La pronuncia ha preliminarmente affermato l'applicabilità della normativa sul trattamento dei dati personali anche a Google Inc., impresa statunitense, per via della sua presenza sul territorio europeo e, segnatamente, spagnolo attraverso una società affiliata responsabile dell'acquisizione di pubblicità da mostrare nei banner presenti sul sito. La medesima decisione ha poi qualificato per la prima volta Google e, in generale, i gestori dei motori di ricerca come responsabili del trattamento dei dati personali. Tale trattamento consiste, come può ampiamente riscontrarsi nella pratica, nell'organizzazione di una serie di dati personali attraverso uno specifico algoritmo che ordina i risultati di ricerca sulla base di una pluralità di criteri dipendenti sia dal tipo di informazione, sia dalle precedenti ricerche dell'utilizzatore, e che consente, dunque, la visualizzazione prioritaria di alcuni risultati rispetto ad altri (c.d. indicizzazione).

La posizione del gestore del motore di ricerca – afferma la Corte – si differenzia da quella dell'editore del sito internet, che pubblica un determinato contenuto sulla propria pagina, a sua volta destinato a comparire tra i risultati del motore di ricerca. Le modalità del trattamento dei dati personali sono intrinsecamente differenti, così come i diritti coinvolti, e le conseguenze in caso di violazione della normativa sulla protezione dei dati sono diverse.

Nel caso degli editori web, il trattamento consiste nella pubblicazione del contenuto sulla pagina e vede la contrapposizione tra il diritto dell'interessato a un trattamento corretto dei dati e il diritto di cronaca del redattore della pagina, oltre che la libertà di informazione del pubblico. La conseguenza di un trattamento erroneo è la rimozione del dato personale dalla pagina web *tout court*, perché lesivo dei diritti del singolo.

Non così accade per i gestori dei motori di ricerca, che sono responsabili dell'applicazione dell'algoritmo citato e, dunque, soltanto dell'organizzazione dei risultati di ricerca. Ciò di cui rispondono i gestori dei motori di ricerca è, pertanto, tale attività di

indicizzazione, non la pubblicazione di contenuti web in sé, e sono coinvolti soltanto il diritto del singolo a un corretto trattamento e la libertà di informazione del pubblico. Ne consegue che, in caso di violazione dei diritti dell'interessato, occorrerà non già rimuovere la pagina lesiva ma, semplicemente, il link che ad essa rinvia. Del resto, spesso su internet l'aspetto materialmente più dannoso consiste non già nella semplice pubblicazione di un contenuto web quanto, piuttosto, nella sua pratica reperibilità attraverso i più comuni motori di ricerca: quanto più questa è agevole, tanto più la conoscenza della pagina si diffonde e si producono i connessi effetti negativi sulla reputazione del soggetto interessato. È proprio di qui che derivano le frequenti domande di deindicizzazione dei contenuti internet formulate dai diretti interessati ai gestori dei motori di ricerca.

Come si è già osservato, nel trattamento dei dati oggetto di indicizzazione si contrappongono il diritto alla riservatezza del singolo interessato e la libertà di informazione degli utenti della rete. Il contenuto oggetto della richiesta di deindicizzazione, infatti, può servire agli utenti per ricostruire la storia del soggetto il cui nome venga cercato, ma potrebbe non essere più attuale, così determinando un danno all'immagine del medesimo soggetto. Rimuovendo il contenuto dall'elenco dei risultati, o quanto meno facendolo comparire in fondo al medesimo elenco, il gestore assicura il diritto alla riservatezza dell'interessato, ma allo stesso tempo comprime la libertà d'informazione del vasto pubblico, e viceversa in caso di mantenimento del risultato di ricerca nella sua iniziale posizione. Si tratta, a ben vedere, di un'attività di bilanciamento tra due contrapposti diritti che, tra l'altro, sono entrambi riconosciuti espressamente dalla Carta di Nizza. L'art. 7, infatti, assicura il diritto alla vita privata e l'art. 8 tutela più specificamente il diritto alla protezione dei dati personali – alla quale viene ricondotta la riservatezza degli individui – specificando che gli stessi dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. L'art. 11, invece, salvaguarda la libertà di informazione in quanto manifestazione della libertà di espressione.

Occorre, dunque, procedere a un bilanciamento sulla base dei consueti parametri di ragionevolezza e di proporzionalità, con la particolarità che, in tale specifico settore, la medesima attività viene operata in prima battuta non già da un soggetto pubblico, ma dal gestore privato del motore di ricerca, e viene vagliata da soggetti pubblici solo in via mediata ed eventuale attraverso l'intervento degli organi amministrativi (es.: le autorità indipendenti) e giurisdizionali sulle decisioni già adottate dal gestore.

L'attività di bilanciamento, peraltro, come afferma la Corte, in linea di massima prescinde dalla possibile lesione dell'immagine del soggetto interessato, in quanto la tutela della riservatezza prevale senz'altro sugli interessi economici del gestore del motore di ricerca e tendenzialmente sull'interesse del pubblico a ottenere determinate informazioni. La necessità del bilanciamento emerge in circostanze più specifiche, e cioè nel momento in cui emergano ulteriori aspetti tali da giustificare la compressione del diritto alla riservatezza, quali la notorietà del soggetto interessato o, più in generale, l'interesse pubblico alla diffusione della notizia, e il decorso del tempo. Nel caso di specie, come già ricordato relativo all'avviso di un'asta immobiliare su un bene sottoposto a pignoramento, la Corte conclude in senso favorevole al diritto all'oblio del ricorrente, in considerazione del tempo trascorso dalla pubblicazione – sedici anni – e della scarsa rilevanza della notizia rispetto ai fini della ricostruzione della storia del soggetto.

3. - Con la sentenza del 24 settembre 2019 in esame, la Corte di giustizia ha approfondito ulteriormente l'analisi dei presupposti per l'attuazione del diritto all'oblio degli interessati. La normativa presa a riferimento dalla Corte è ancora quella della direttiva 1995/46, applicabile *ratione temporis* alle controversie da cui si è originato il rinvio

pregiudiziale; considerata, però, la normativa sopravvenuta, il Giudice europeo tiene conto anche del regolamento (UE) 2016/679, oltre che della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in modo da fornire indicazioni valide anche per il futuro.

I quattro casi da cui origina la pronuncia sono vari ed eterogenei: la direttrice di gabinetto di un comune, candidata ad elezioni cantonali, raffigurata da un fotomontaggio satirico al fianco del sindaco del medesimo comune e cui la donna sarebbe stata legata da una relazione intima; un uomo indicato erroneamente in un articolo di giornale quale responsabile delle relazioni pubbliche della Chiesa di Scientology, nell'ambito della quale si era verificato il suicidio di un'adepta; un uomo – indagato e poi scagionato – il cui nome compariva in articoli sul finanziamento illecito di un partito politico; un uomo condannato per fatti di violenza sessuale su minori di quindici anni.

In tutte le fattispecie, gli interessati avevano presentato al gestore del motore di ricerca una domanda di deindicizzazione dei risultati relativi a tali vicende. A fronte del rigetto di tali domande da parte del gestore, si è avviato il contenzioso, dapprima dinanzi alla CNIL – l'autorità francese garante della privacy – e poi dinanzi al giudice amministrativo. A seguito dei ricorsi presentati dagli interessati, il Consiglio di Stato, con ordinanza del 24 febbraio 2017, n. 391000, ha presentato una pluralità di questioni pregiudiziali, volte a individuare il confine della tutela dei dati personali e l'opponibilità da parte del gestore di giustificati motivi che impediscano la deindicizzazione dei risultati (sull'ordinanza del Consiglio di Stato v. O. Henrard, *Droit au déréférencement : la CJUE devra tirer les conséquences de ses propres principes*, in *Dalloz IP/IT*, 2017, pp. 479 ss.).

Un primo quesito attiene all'applicabilità, in via generale, al gestore di un motore di ricerca delle norme sulla protezione dei dati personali di carattere sensibile, quali quelli sulle opinioni politiche, sulle convinzioni religiose e filosofiche, sulla vita sessuale e sulle condanne penali, nonché sulle eccezioni connesse al trattamento di tali dati. La Corte, in linea con quanto affermato dalla sentenza Google Spain, fornisce risposta affermativa al quesito, dal momento che il gestore di un motore di ricerca agisce in qualità di responsabile del trattamento dei dati. Peraltro, la prestazione del consenso al trattamento presenta delle peculiarità connesse alla dimensione enorme dei dati che vengono trattati. Sarebbe pressoché impossibile richiedere al gestore di ottenere il consenso di ciascun interessato, considerato il numero di soggetti i cui dati vengono quotidianamente trattati. Per questo, la Corte evidenzia che il consenso degli interessati al trattamento dei dati si presume finché non pervenga una richiesta di deindicizzazione, che opera a mo' di revoca del consenso e, dunque, preclude l'ulteriore trattamento a meno che non sussistano ulteriori eccezioni, quale l'esercizio della libertà d'informazione. Il controllo da parte del gestore, dunque, non avviene a monte al momento dell'indicizzazione dei risultati, ma a valle al momento della richiesta di deindicizzazione da parte dell'interessato.

Ciò posto, è necessario chiarire entro che termini il gestore del motore di ricerca debba operare tale controllo, il che significa, in buona sostanza, definire come debbano essere applicate le eccezioni previste dalla direttiva 95/46 e adesso dal regolamento 2016/679. La seconda questione sottoposta dal Consiglio di Stato alla Corte di giustizia attiene, appunto, a tale profilo ed è articolata in più quesiti. In primo luogo, il Consiglio di Stato chiede se in capo al gestore di un motore di ricerca sussista o meno l'obbligo di accogliere le richieste di deindicizzazione su link che rinviino a pagine web contenenti dati personali sensibili, sempre che non si ricada nelle eccezioni previste dalla direttiva. Con riferimento a queste ultime, il giudice francese chiede in particolare se il gestore possa rifiutarsi di accogliere la richiesta di deindicizzazione qualora il trattamento avvenga in presenza del consenso dell'interessato o quando siano trattati dati resi manifestamente pubblici dall'interessato o necessari per costituire, esercitare o difendere un diritto per via giudiziaria, secondo quanto disposto dall'art. 8, par. 2, lett. a) ed e) della direttiva. In terzo e ultimo luogo, il Consiglio di Stato chiede se un ulteriore caso di

rigetto della domanda possa essere costituito dal trattamento dei dati a soli fini di giornalismo o di espressione artistica o letteraria, in conformità a quanto previsto dall'art. 9 della direttiva.

Per rispondere a tali interrogativi, la Corte contestualizza il diritto alla protezione dei dati personali nell'ambito dei diritti e dei principi contenuti nella Carta di Nizza e nell'ordinamento europeo, approfondendo le argomentazioni della sentenza *Google Spain*. L'interessato ha certamente il diritto di ottenere un trattamento conforme a quanto prescritto dalla normativa e a ottenerne la cancellazione in caso contrario. Tale diritto prevale senz'altro sugli interessi economici del gestore del motore di ricerca, in quanto diritto della personalità. Lo stesso diritto, tuttavia, trova il proprio contraltare nella libertà di informazione del pubblico, che assume un'ampiezza maggiore o minore in base a una serie di numerosi fattori. In presenza di tale libertà, il diritto alla protezione dei dati personali deve trovare un adeguato contemperamento. Tale diritto, infatti, non è assoluto e ammette che vi siano limitazioni in presenza di determinate circostanze. In primo luogo, la presenza nella Carta di Nizza del diritto alla vita privata e del diritto alla protezione dei dati personali, da un lato, e della libertà di informazione, dall'altro, rende necessaria l'applicazione dell'art. 52 della medesima Carta, che ammette limitazioni ai diritti in essa contenuti in presenza di previsioni legali che rispettino il contenuto essenziale di tali diritti e che siano conformi al principio di proporzionalità. Del resto, lo stesso regolamento 2016/679 riconosce, al considerando 4, la necessità di considerare il diritto alla protezione dei dati in relazione alla sua funzione sociale e di bilanciarlo con altri diritti fondamentali, conformemente al principio di proporzionalità, e tanto espressamente prevede all'art. 17, laddove configura la libertà di informazione quale limite al diritto alla cancellazione dei dati. Sulla base di tali considerazioni, il gestore di un motore di ricerca in linea di principio è chiamato ad accogliere le richieste di deindicizzazione di determinati risultati, in quanto costituiscono una revoca del consenso al trattamento originariamente manifestato dell'interessato, sia pur implicitamente per le ragioni di cui già si è detto. Tuttavia, in presenza di determinate condizioni, quali la natura dell'informazione il suo carattere sensibile per la vita privata della persona interessata, l'interesse del pubblico a disporre di tale informazione e il ruolo che la persona riveste nella vita pubblica, il diritto alla protezione dei dati deve cedere di fronte alla libertà di informazione del pubblico, in un'attività di bilanciamento che deve essere compiuta dal gestore del motore di ricerca.

La questione più nuova e complessa che è stata affrontata dalla Corte nella sentenza in commento attiene, peraltro, al trattamento dei dati giudiziari riferiti ai procedimenti penali in corso o conclusi con sentenza. In questo caso, i risultati pubblicati tempo addietro potrebbero non essere più attuali e gettare un'ombra di discredito sul soggetto interessato. Il Consiglio di Stato, dunque, con la terza questione ha sottoposto alla Corte l'interrogativo se il gestore di un motore di ricerca sia tenuto ad accogliere le richieste di deindicizzazione nei casi di link a notizie non più attuali. Anche in questo caso, il giudice europeo rimanda al gestore del motore di ricerca la valutazione in concreto sull'operazione di bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati e quello alla libertà di informazione, ma fornisce alcune coordinate di fondo che possono essere utili allo svolgimento di tale attività. In particolare, la Corte richiama un recentissimo caso giudicato dalla Corte EDU (sent. 28 giugno 2018, M.L. e W.W. c. Germania) per evidenziare che la libertà di informazione attiene non solo all'acquisizione dei dati relativi all'attualità, ma anche alla ricerca di notizie riguardanti il passato, fermo restando, tuttavia, che l'interesse del pubblico per i procedimenti penali può variare a seconda del caso concreto. Così, secondo la Corte il gestore del motore di ricerca dovrà verificare, a fronte di una richiesta di deindicizzazione, una serie di elementi, tra cui la natura e la gravità dell'infrazione, lo svolgimento e l'esito della procedura, il tempo trascorso, il ruolo rivestito dall'interessato nella vita pubblica e il suo comportamento in passato, l'interesse del pubblico al momento della richiesta, il contenuto e la forma e le ripercussioni della

pubblicazione. Qualora tale verifica dovesse condurre al rigetto della richiesta, tuttavia, la Corte aggiunge un elemento di notevole rilevanza: i risultati di ricerca devono essere comunque ordinati in maniera tale che il risultato più recente e attuale compaia prima di quello anteriore, a tutela dell'immagine dell'interessato. Tale aggiunta si rivela particolarmente incisiva perché vincola i gestori dei motori di ricerca ad adattare i propri algoritmi per rispondere alle nuove esigenze manifestate dalla decisione.

4. - La sentenza in commento consente di prendere in considerazione alcuni profili diversi e problematici che concorrono alla definizione del diritto all'oblio. In primo luogo, individua una serie di elementi che devono orientare il soggetto privato che gestisce i dati e le autorità amministrative e giurisdizionali nello svolgimento del bilanciamento tra diritto all'oblio e libertà di informazione. Il diritto all'oblio è intrinsecamente legato al decorso di un certo periodo di tempo dalla pubblicazione di una determinata notizia. In nessun ordinamento, tuttavia, vi è una specifica individuazione di quale sia il periodo di tempo minimo perché sorga il diritto all'oblio. Si è potuto osservare nella ricostruzione storica iniziale come la sua matrice sia essenzialmente giurisprudenziale e pertanto, in assenza di determinazioni legislative, non è possibile individuare un preciso termine per la sua insorgenza. Di qui deriva l'esigenza di ricercare ulteriori parametri per la sua configurazione, quali il ruolo dell'interessato nella vita pubblica e l'interesse del pubblico alla notizia. La ricerca e l'applicazione di tali parametri assumono un preciso rilievo costituzionale, dal momento che mirano alla definizione del limite tra diritto alla riservatezza e libertà di espressione e di informazione.

A tal proposito può essere utile richiamare brevemente due recentissime sentenze del *Bundesverfassungsgericht* tedesco (sentt. 1-BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*, e 1-BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*, entrambe del 6 novembre 2019) che si sono confrontate con il diritto all'oblio nell'ambito di due ricorsi diretti presentati da cittadini nei confronti di sentenze dei competenti tribunali. La prima, applicando il diritto interno e in particolare gli artt. 1, 2 e 5 della legge fondamentale (rispettivamente, clausole generali sui diritti della personalità e libertà di espressione), ha accolto il ricorso di un cittadino condannato per omicidio trent'anni addietro e che lamentava la pubblicazione su un sito internet di tutte le relative notizie. Con la sentenza menzionata, il Tribunale federale tedesco ha chiaramente messo in evidenza la differente rilevanza del tempo in relazione a una pluralità di aspetti, quali la condotta *medio tempore* tenuta dall'interessato e le possibilità di diffusione della notizia attraverso la rete. La seconda, riguardante la deindicizzazione di un servizio giornalistico che contestava a un datore di lavoro di aver licenziato ingiustamente un proprio dipendente, ribadisce le considerazioni sul fattore tempo e, nell'applicare direttamente per la prima volta il diritto dell'Unione come parametro di costituzionalità di una decisione giurisdizionale nell'ambito del *Verfassungsbeschwerde*, si sofferma sulla tutela della libertà di informazione e, in particolare, sulla sussistenza di un interesse pubblico alla notizia. Quest'ultimo è più marcato quando l'informazione è legata alla vita professionale dell'interessato e minore è l'incidenza sulla sua vita privata e sul diritto alla riservatezza: di qui, e dalla sussistenza di un'adeguata motivazione nella sentenza impugnata, è derivata la dichiarazione di infondatezza del ricorso.

Le sentenze del Tribunale federale tedesco rendono ancor più evidenti due aspetti problematici nella definizione del diritto all'oblio. Il decorso del tempo assume un rilievo incontrovertibile nella sua configurazione, eppure non è agevole individuare una chiara e univoca determinazione di quanto tempo sia necessario affinché il soggetto interessato maturi il diritto alla deindicizzazione della pagina web. L'insorgenza del diritto dipende non da elementi certi e incontrovertibili, ma da una pluralità di fattori che devono essere adeguatamente combinati. Tale combinazione, tuttavia, non è predeterminabile *ex ante*,

ma individuabile soltanto *ex post* sulla base di una serie di valutazioni che devono essere condotte dal gestore del motore di ricerca prima e dagli organi amministrativi e giurisdizionali poi. Si tratta, tuttavia, di una ricostruzione non del tutto soddisfacente, perché il riconoscimento del diritto potrebbe essere eccessivamente soggetto alla discrezionalità dell'interprete, che, seppur guidata dai principi di ragionevolezza e proporzionalità, non sembra assicurare una piena tutela al diritto in questione. Si manifesta così una fluidità nei presupposti che rischia di minare alla base l'esistenza stessa e la certezza del diritto all'oblio e che solo parzialmente viene mitigata dalla sussistenza degli ulteriori parametri giurisprudenziali. Non è un caso che il gruppo di lavoro istituito fra le Autorità garanti della protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 29 della direttiva 95/46 abbia approvato il 26 novembre 2014, subito dopo la pubblicazione della sentenza Google Spain, alcune linee guida sull'applicazione di tale sentenza a supporto dell'attività delle varie autorità nazionali e abbia cercato di fornire delle definizioni più articolate dei parametri fin qui richiamati.

Una volta acclarata la necessità di accordare adeguate garanzie all'interesse del soggetto richiedente tutela a che la notizia lesiva della sua reputazione non sia rintracciabile senza limiti di tempo, sarebbe opportuno specificarne maggiormente i presupposti a livello normativo. A titolo di esempio, potrebbe individuarsi un lasso di tempo minimo oltre il quale l'interessato è abilitato a formulare domanda di deindicizzazione. Gli ulteriori parametri elaborati dalla giurisprudenza, che dovrebbero comunque essere riportati in un ipotetico testo normativo, servirebbero ad adattare la norma alle esigenze del caso concreto. Il ruolo dell'interessato nella vita pubblica, la diffusione della notizia, l'interesse del pubblico a ricevere una data informazione hanno certamente un rilievo non indifferente nella determinazione di quanto tempo sia necessario per ottenere la rimozione dal web delle relative notizie e devono essere considerati adeguatamente dagli interpreti.

In secondo luogo, dalla seconda sentenza del Tribunale federale emerge in maniera ancor più chiara che la libertà di informazione, contraltare del diritto all'oblio, trova la propria salvaguardia esclusivamente attraverso le valutazioni delle autorità di volta in volta coinvolte, ma potrebbe essere tutelata in maniera più incisiva mediante il coinvolgimento attivo di associazioni rappresentative degli interessi connessi alla libertà di espressione e di stampa attraverso un opportuno contraddittorio, quanto meno nel corso del procedimento amministrativo dinanzi alle autorità garanti della protezione dei dati personali. Meno agevole, infatti, anche se non impossibile, è ritenere che un privato cittadino, in virtù della libertà di informazione, contesti la decisione del motore di ricerca, dell'autorità garante o di quella giurisdizionale di accordare tutela al diritto all'oblio. Anche in questo caso, una previsione espressa a livello normativo consentirebbe di fornire una soluzione a tale aspetto problematico.

Infine, uno degli elementi potenzialmente più incisivi della sentenza della Corte di giustizia in commento consiste nell'aver ravvisato, in capo al gestore del motore di ricerca, un vero e proprio obbligo di ordinare i risultati rilevanti dal più recente al più risalente. L'obiettivo dichiarato di tale indicazione, necessaria ai fini di tutelare il diritto all'oblio, risiede nel dare adeguato rilievo alle notizie più attuali e non ingenerare nel pubblico errate convinzioni sul soggetto interessato. Tale prescrizione, a ben vedere, assume un ruolo decisivo nella strutturazione degli algoritmi predisposti dai motori di ricerca, che dovranno assicurare un ordinamento di tal fatta per evitare possibili danni alla reputazione dei soggetti interessati. Ne consegue, altresì, che questi ultimi potranno chiedere, eventualmente in via subordinata rispetto alla deindicizzazione dei risultati, l'attualizzazione dei risultati di ricerca, in modo tale da far comparire tra i primi quelli più recenti. Ove, pertanto, il gestore del motore di ricerca non dovesse conformarsi a tale prescrizione, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali e, ove necessario,

l'autorità giurisdizionale potrebbero ingiungergli di adottare gli opportuni provvedimenti entro un determinato lasso temporale.

La sentenza fin qui commentata mostra quanto sia complesso per gli ordinamenti giuridici regolare un fenomeno in continua evoluzione quale è quello della gestione delle banche dati informatiche. La combinazione tra formante legale e giurisprudenziale è necessaria per giungere a una piena tutela degli interessi in gioco. Se da un lato la giurisprudenza è in grado di confrontarsi in maniera più immediata e duttile con le nuove esigenze legate all'innovazione tecnologica, il legislatore è chiamato ad adottare soluzioni di più lungo corso che tengano in adeguata considerazione tutti gli aspetti ad essa connessi. Un intervento più mirato sulla gestione dei dati personali e sul diritto all'oblio sarebbe auspicabile per assicurare una maggior certezza sulle situazioni giuridiche coinvolte e la loro miglior tutela.

Direttiva sui servizi di media audiovisivi e misure nazionali di ordine pubblico

di Teresa Cimmino

Title: Audiovisual media services Directive and national public policy measures

Keywords: Audiovisual media services; Freedom of reception and retransmission; Incitement to hatred on grounds of nationality.

1. – La causa *Baltic Media Alliance Ltd.* (Corte giust., sent. 4 luglio 2019, C-622/17) ha rappresentato per la Corte di giustizia una delle ultime occasioni per pronunciarsi in merito all'interpretazione delle norme contenute nella direttiva n. 2010/13 (c.d. "direttiva sui servizi di media audiovisivi"), in quanto il suo testo è stato significativamente modificato dalla direttiva n. 2018/1808. In particolare, ha consentito alla Corte del Kirchberg di ripercorrere brevemente le tappe percorse dal Legislatore dell'Unione nell'elaborazione dell'articolo 3, paragrafi 1 e 2, partendo dal testo originario risalente all'anno 1989 sino a giungere alla formulazione odierna. In questa causa, infatti, il Giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2010/13. Il primo paragrafo prevede che gli Stati membri assicurino la libertà di ricezione e non ostacolino la ritrasmissione sul proprio territorio di servizi di media audiovisivi provenienti da altri Stati membri, mentre il secondo paragrafo individua le condizioni in base alle quali è possibile derogare al principio generale contenuto nel primo paragrafo.

La domanda di rinvio pregiudiziale è stata sollevata dal Tribunale amministrativo regionale di Vilnius, Lituania, nell'ambito di una controversia tra la *Baltic Media Alliance Ltd (BMA)* e la Commissione radiotelevisiva della Lituania (*LRTK*) relativamente a una decisione di tale autorità che impone ai fornitori di servizi di media che esercitano la loro attività nel territorio lituano e alle altre persone che forniscono ai consumatori lituani un servizio di distribuzione via Internet di canali o di programmi televisivi di trasmettere o ritrasmettere il canale *NTV Mir Lithuania* nel territorio lituano solo in pacchetti a pagamento per i successivi dodici mesi. Tale decisione, adottata nel maggio 2016, in conformità alla legge lituana sull'informazione pubblica, si basa sul fatto che il programma trasmesso su tale canale, presentava contenuti incitanti all'odio sulla base della nazionalità, vietati in forza dell'art.19, paragrafo 1 della suddetta legge. Il mese successivo la *LRTK* ha adottato una nuova decisione con cui ha eliminato l'obbligo di trasmettere il detto canale unicamente in pacchetti a pagamento e ha avviato una procedura finalizzata alla sospensione temporanea del canale, in applicazione della medesima legge. La *BMA* ha presentato

ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale di Vilnius chiedendo l'annullamento della decisione adottata in violazione dell'art. 3, paragrafo 2, della direttiva 2010/13. In tale contesto, il predetto Tribunale amministrativo regionale ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre due questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. In sostanza, il giudice del rinvio ha chiesto, con la prima questione pregiudiziale, se l'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2010/13 si riferisca solo ai casi in cui uno Stato membro di ricezione intenda sospendere la trasmissione e/o la ritrasmissione o se esso riguardi anche altre misure che limitano la libertà di ricezione e la ritrasmissione dei programmi, adottate dallo Stato membro di ricezione. Con la seconda questione pregiudiziale, invece, la Corte è stata chiamata a chiarire se il considerando 8 e l'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2010/13 debbano essere interpretati nel senso che vietano agli Stati membri di ricezione di adottare, senza che ricorrano le condizioni previste dalle suddette norme, una decisione che impone temporaneamente alle emittenti di ritrasmissione operanti nel territorio dello Stato membro di ricezione e alle altre persone che forniscono i servizi di distribuzione dei programmi televisivi via Internet di ritrasmettere e/o distribuire un programma televisivo solo in pacchetti a pagamento.

2. – In via preliminare, la Corte di Lussemburgo ha esaminato gli argomenti addotti dalla LRTK e del governo lituano, secondo i quali un canale televisivo, i cui programmi sono prodotti in un paese terzo, non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della direttiva 2010/13 né, quindi, potrebbe beneficiare della libertà di ricezione e di ritrasmissione sancita da tale direttiva. I programmi del canale NTV Mir Lithuania sono, infatti, prodotti da una società stabilita in Russia, mentre la BMA, che ha la sua sede nel Regno Unito, si limita a offrire un mero servizio di trasmissione di tale canale nel territorio lituano, senza esercitare una qualsivoglia responsabilità editoriale sul contenuto dello stesso. A tal proposito la Corte rileva che la direttiva 2010/13 stabilisce una serie di criteri materiali che determinano quale Stato membro eserciti la giurisdizione nei confronti di un fornitore di servizi di media.

In primo luogo, secondo la definizione di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2010/13, il "fornitore di servizi di media" è la persona fisica o giuridica che assume la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e che ne determina le modalità di organizzazione. La nozione di "responsabilità editoriale", definita nella medesima direttiva, si sostanzia nell'esercizio di un controllo effettivo sia sulla selezione dei programmi sia sulla loro organizzazione in un palinsesto cronologico, nel caso delle radiodiffusioni televisive, o in un catalogo, nel caso dei servizi di media audiovisivi a richiesta. Il fornitore di servizi di media è, quindi, colui che esercita tale controllo che conduce all'adozione di decisioni editoriali e, conseguentemente, assume la responsabilità editoriale. Risultano, invece, escluse le persone fisiche o giuridiche che si occupano solo della trasmissione di programmi senza esercitare alcuna responsabilità editoriale.

In secondo luogo, l'articolo 2, paragrafo 3, lettere da a) a c), della direttiva 2010/13 elenca i casi in cui un fornitore di servizi di media si considera stabilito in uno Stato membro. Sul punto, la Corte coglie l'occasione per fornire al Giudice del rinvio gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione che sono necessari per dirimere la controversia che è chiamato a risolvere. Al fine di determinare se una persona fisica o giuridica rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2010/13, occorre verificare non soltanto se l'interessato, che assume la responsabilità editoriale rispetto ai servizi di media audiovisivi forniti, abbia la sua sede principale in uno Stato membro, ma anche se le decisioni editoriali relative ai servizi di media audiovisivi siano prese nello Stato membro in cui il fornitore di servizi di media ha la sua sede principale. Inoltre, il luogo

in cui un fornitore di servizi di media ha la propria sede principale ed il luogo in cui le decisioni editoriali relative a detti servizi vengono prese, nonché, il luogo in cui operano gli addetti allo svolgimento di attività dei medesimi servizi, costituiscono criteri rilevanti al fine di verificare se tale fornitore sia stabilito in uno Stato membro, e se i servizi che esso fornisce ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva 2010/13. Al contrario, non è rilevante il fatto che i programmi di un canale televisivo trasmessi nel territorio di uno Stato membro possano essere prodotti in un paese terzo.

Invece, nell'esaminare l'argomento del governo lituano secondo cui occorrerebbe applicare la normativa lituana in quanto il canale NTV Mir Lithuania sarebbe destinato esclusivamente al territorio lituano e la BMA si sarebbe stabilita in uno Stato membro diverso dalla Repubblica di Lituania per eludere tale normativa, la Corte si limita a rilevare che l'articolo 4, paragrafi da 2 a 5, della direttiva 2010/13 prevede una procedura particolare per disciplinare le situazioni in cui un'emittente televisiva, soggetta alla giurisdizione di uno Stato membro, fornisca una trasmissione televisiva destinata interamente o principalmente al territorio di un altro Stato membro. In presenza di determinate condizioni, lo Stato membro di ricezione può infatti applicare a una tale emittente le proprie norme di interesse pubblico generale o altre norme più rigorose nei settori coordinati da tale direttiva. E' tuttavia pacifico che la LRTK non ha seguito tale procedura. Pertanto, la Repubblica di Lituania non risulta dispensata dall'applicazione di tale direttiva.

3. – Nel merito, al fine di rispondere alla prima questione, i Giudici di Lussemburgo, innanzitutto, ricordano che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2010/13 stabilisce che gli Stati membri assicurano la libertà di ricezione e non ostacolano la ritrasmissione sul proprio territorio di servizi di media audiovisivi provenienti da altri Stati membri per ragioni attinenti ai settori coordinati da tale direttiva, tra i quali figurano le misure contro l'incitamento all'odio, di cui all'articolo 6 di detta direttiva e che l'articolo 3, paragrafo 2, della medesima direttiva consente tuttavia agli Stati membri di derogare a titolo provvisorio al paragrafo 1 del suddetto articolo 3, nel rispetto di determinate condizioni sostanziali e procedurali. In secondo luogo, sulle orme di una ormai consolidata giurisprudenza della Corte, precisano che quando si interpreta una disposizione del diritto dell'Unione occorre tenere conto non soltanto della formulazione di quest'ultima e degli obiettivi da essa perseguiti, ma anche del contesto in cui è inserita e dell'insieme delle disposizioni del diritto dell'Unione. Inoltre, gli elementi utili per l'interpretazione della disposizione possono essere desunti anche dalla genesi della stessa (sentenza del 3 ottobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e a./Parlamento e Consiglio*, C-583/11 P, punto 50).

Passando al caso in esame, la Corte rileva che la formulazione dell'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2010/13, non consente di per sé di determinare la natura delle misure ricomprese in tale disposizione. Quindi, in base al contesto in cui si inserisce il detto articolo ed agli obiettivi perseguiti da tale direttiva, si deve rilevare, come evidenziato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, che quest'ultima concretizza, nel settore dei servizi di media audiovisivi, la libera prestazione di servizi garantita dall'articolo 56 TFUE. Nondimeno, l'instaurazione di "uno spazio senza frontiere interne" per tali servizi, va ben oltre le questioni delle libertà economiche di circolazione. Infatti, occorre tener conto della natura sia culturale che economica dei suddetti servizi e dell'importanza che essi rivestono per la democrazia, l'educazione e la cultura, i quali giustificano l'applicazione di norme specifiche.

Per quanto riguarda, invece, la genesi dell'articolo 3, la Corte ripercorre l'evoluzione legislativa della disciplina della medesima disposizione, dalla sua formulazione iniziale sino a quella odierna. In principio, l'articolo 2, paragrafo 2, primo

comma, seconda frase, della direttiva 89/552 menzionava la facoltà degli Stati membri di “sospendere” temporaneamente la ritrasmissione di programmi televisivi qualora fossero state soddisfatte determinate condizioni. Al momento della modifica della direttiva 89/552 mediante la direttiva 97/36, il Legislatore ha introdotto un nuovo articolo 2 bis, che, al paragrafo 2, primo comma, ha sostanzialmente ripreso la formulazione iniziale dell'articolo 2, paragrafo 2, primo comma di tale direttiva, sostituendo il verbo “sospendere” con il verbo “derogare”. Tuttavia, come rilevato dall'Avvocato generale, nella motivazione dell'adozione della direttiva 97/36 non vi è alcuna indicazione che, con tale modifica, il Legislatore dell'Unione abbia inteso tornare sulla natura dei provvedimenti considerati. Tale modifica mirava essenzialmente a precisare che tale Stato membro può agire rispetto sia alla ricezione che alla ritrasmissione di una trasmissione sul suo territorio. A ciò la Corte aggiunge che il Legislatore dell'Unione sembrava si fosse ispirato, nella formulazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2010/13 alla Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera, che è stata elaborata nello stesso periodo in cui è stata elaborata la direttiva 89/552 e alla quale tale direttiva fa riferimento. La Corte ha sottolineato in proposito che il controllo sull'applicazione del diritto dello Stato membro di origine applicabile ai servizi di media audiovisivi e sull'osservanza delle disposizioni della direttiva 89/552, come modificata dalla direttiva 97/36, compete solo allo Stato membro dal quale provengono tali servizi e che lo Stato membro di ricezione non è autorizzato ad esercitare un proprio controllo per ragioni attinenti ai settori coordinati dalla direttiva in parola (in tal senso, sentenza del 22 settembre 2011, *Mesopotamia Broadcast e Roj TV*, C-244/10 e C-245/10). Inoltre, in continuità con una precedente e consolidata giurisprudenza, la Corte chiarisce che la direttiva 2010/13 non osta, in linea di principio, all'applicazione di una normativa nazionale che persegue, in via generale, un obiettivo di interesse generale e disciplina taluni aspetti della diffusione o della distribuzione di servizi di media audiovisivi senza tuttavia istituire un secondo controllo delle trasmissioni televisive oltre a quello effettuato dallo Stato membro da cui proviene la trasmissione (in tal senso, sentenza del 9 luglio 1997, *De Agostini e TV-Shop*, da C-34/95 a C-36/95). In una precedente sentenza (sentenza 22 settembre 2011, *Mesopotamia Broadcast e Roj TV*, C-244/10 e C-245/10) la Corte aveva chiarito, che non rientravano nell'ambito di applicazione della direttiva 89/552, come modificata dalla direttiva 97/36, normative di uno Stato membro che non riguardano specificamente la diffusione e la distribuzione dei programmi e che, in maniera generale, perseguono un obiettivo di ordine pubblico, senza tuttavia impedire la ritrasmissione sul suo territorio dei servizi di media audiovisivi provenienti da altri Stati membri. Tuttavia, il punto 50 della suddetta sentenza non va interpretato nel senso che costituisce un ostacolo una misura nazionale che, in maniera generale, persegue un obiettivo di ordine pubblico e che disciplina le modalità di distribuzione di un canale televisivo ai consumatori dello Stato membro di ricezione, senza ostacolare la ritrasmissione di tale canale. Una siffatta misura non istituisce, infatti, un secondo controllo della trasmissione del canale in questione oltre a quello che lo Stato membro da cui proviene la trasmissione è tenuto ad effettuare.

Ciò posto, nel caso di specie, la Corte rileva che con l'articolo 33, paragrafo 11 e paragrafo 12, punto 1, della legge sull'informazione della società, in virtù del quale è stata adottata la decisione, il Legislatore nazionale intende contrastare la diffusione attiva di contenuti che screditano lo Stato lituano e minacciano la sua qualità di Stato con l'obiettivo, considerata la significativa influenza della televisione sulla formazione dell'opinione pubblica, di tutelare la sicurezza dello spazio dell'informazione oltre a garantire e preservare l'interesse pubblico a una corretta informazione. I contenuti previsti da tale disposizione sono quelli che ricadono nel divieto di cui all'articolo 19 di tale legge, tra i quali figurano i contenuti che invitano a rovesciare, mediante la forza,

l'ordine costituzionale lituano, incitano a minare la sovranità della Repubblica di Lituania, la sua integrità territoriale e la sua indipendenza politica, consistono in propaganda bellica, incitano alla guerra o all'odio, incoraggiano la discriminazione e la violenza contro un gruppo di persone o contro un membro di tale gruppo in ragione, in particolare, della sua nazionalità. Nelle sue osservazioni, la LRTK ha, infatti, precisato che la decisione di cui si discute, è stata adottata sulla base del rilievo che uno dei programmi trasmessi sul canale NTV Mir Lituania trasmetteva informazioni false e che incitano all'ostilità e all'odio nei confronti dei paesi baltici, riguardanti la collaborazione di lituani e lettoni nell'ambito dell'Olocausto e la politica interna dei paesi baltici asseritamente nazionalista e neofascista che avrebbe costituito una minaccia per la minoranza russa residente nel territorio di tali paesi. Tale programma si rivolgeva, secondo la LRTK, in maniera mirata alla minoranza russofona della Lituania ed era finalizzato, mediante diverse tecniche di propaganda, a influenzare, in maniera negativa e suggestiva, l'opinione di detto gruppo sociale sulla politica interna ed estera della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Estonia e della Repubblica di Lettonia. Per tali motivi, i Giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che una tale misura perseguisse, in maniera generale, un obiettivo di ordine pubblico.

In secondo luogo, la Corte fa proprie le osservazioni presentate dalla LRTK e dal Governo lituano secondo cui la decisione di cui si discute, disciplinando unicamente le modalità di distribuzione di detto canale ai consumatori lituani, non sospende o non vieta la ritrasmissione di questo medesimo canale nel territorio lituano, poiché quest'ultimo, può continuare ad essere legalmente diffuso in tale territorio e i consumatori lituani possono continuare ad accedervi, purché sottoscrivano un pacchetto a pagamento. Sulla base di tale premessa, la Corte afferma che la misura in questione non impedisce la ritrasmissione propriamente detta, nel territorio dello Stato membro di ricezione, delle trasmissioni televisive del canale televisivo provenienti da un altro Stato membro.

Pertanto, alla luce di tutte le considerazioni fatte e ritenendo di doversi pronunciare solo in merito alla prima delle dette questioni sottoposte, la Corte afferma che la misura oggetto della causa non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2010/13. La Corte, infatti, in conformità ai suoi precedenti e in accoglimento delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale, ha ritenuto che l'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2010/13/UE deve essere interpretato nel senso che non rientra nel suo ambito di applicazione la misura di ordine pubblico adottata dallo Stato membro. Tale misura consiste nell'obbligo, per i fornitori di servizi di media le cui trasmissioni sono destinate al territorio di tale Stato membro e per ogni altra persona che fornisce ai consumatori di detto Stato membro un servizio di distribuzione via Internet di canali o di programmi televisivi, di trasmettere o ritrasmettere nel territorio di questo medesimo Stato membro, per un periodo di dodici mesi, un canale televisivo proveniente da un altro Stato membro solo in pacchetti a pagamento, senza tuttavia impedire la ritrasmissione propriamente detta nel territorio di tale primo Stato membro delle trasmissioni televisive del suddetto canale.

4. – Tirando le fila del discorso sin qui condotto, occorre porre in chiara evidenza che la Corte ha ricostruito il significato dell'art. 3 della Direttiva mediante un'accurata analisi delle modifiche intervenute sulla stessa in seguito agli interventi legislativi susseguitesì nel tempo. Inoltre, indagando le diverse finalità perseguite dalla decisione dell'autorità nazionale, ne ha individuato la ratio ed ha qualificato la stessa come misura di ordine pubblico.

Nel contempo, è opportuno ricordare che nel 2018 è intervenuta la direttiva n.1808 che ha modificato ed aggiornato la direttiva 13 del 2010 al fine di estendere

alcune regole audiovisive alle piattaforme di condivisione video e ai contenuti audiovisivi condivisi su determinati servizi di social media; introdurre flessibilità sulle restrizioni applicabili alle trasmissioni televisive; rafforzare la promozione dei contenuti europei; proteggere i bambini e affrontare il tema dell'odio in modo più efficace. Nello specifico, il paragrafo 2 dell'art 3 è stato modificato ed il testo aggiornato prevede che uno Stato membro può derogare in via provvisoria la libertà di ricezione e non limitazione della ritrasmissione sul proprio territorio di servizi di media audiovisivi provenienti da altri Stati membri se un servizio di media audiovisivo, erogato da un fornitore di servizi di media sotto la giurisdizione di un altro Stato membro, viola in maniera evidente, grave e seria l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o l'articolo 6 bis, paragrafo 1, ovvero pregiudica o presenta un rischio serio e grave di pregiudizio per la salute pubblica. La deroga è subordinata al verificarsi di determinate condizioni. Quindi, all'art. 6, già richiamato nella precedente normativa, e che prevede che gli Stati membri assicurino che i servizi di media audiovisivi erogati dai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione non contengano istigazione alla violenza e all'odio né provocazione a commettere reati di terrorismo, viene aggiunto l'art.6 bis che impone agli Stati membri di adottare misure che garantiscano la tutela dei minori dinnanzi ai servizi di media audiovisivi che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale. Ciò a volere sottolineare come il Legislatore dell'Unione, con questa nuova direttiva, ponga una particolare attenzione non solo alla problematica dell'incitamento alla violenza o all'odio nei confronti di gruppi o membri di un gruppo sulla base delle diverse forme di discriminazione ai sensi dell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ma anche alla tutela dei minori, nello specifico alla tutela del loro sviluppo fisico, morale e psicologico.

In definitiva, l'interesse dimostrato dalla Corte sia nel ricostruire il reale contenuto della direttiva in esame e le modifiche introdotte dal Legislatore dell'Unione mediante la nuova direttiva, sia nel bilanciare i diversi interessi in gioco, ci inducono a ritenere che vi sia ormai una chiara consapevolezza della rilevanza della tutela dei valori primari e identitari dell'Unione, che non possono essere messi in discussione dalle esigenze della libera circolazione dei servizi audiovisivi.

Grandi appalti e subappalto. Illegittima l'esclusione da una gara per il superamento della percentuale del 30% dell'importo complessivo del contratto

di Giacomo Mannocci

Title: Public procurement and sub-contracting. Illegal exclusion from a candidate for exceeding the percentage of 30% of the total amount of the contract

Keywords: Public Procurement; Professional misconduct; Definitive jurisdictional provision.

1. – Con la sentenza n. 63/18 del 26/09/2019, la Corte di Giustizia è intervenuta su di un tema molto delicato e particolarmente sentito dal legislatore italiano: la legittimità o meno della normativa nazionale, in materia di subappalto, più restrittiva di quanto disposto dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e dalla Direttiva 2014/24/UE.

In particolare, il quesito del rinvio pregiudiziale del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia verte sull'interpretazione dei principi della libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi (art. 49 e 56 TFUE), dell'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE relativa al subappalto, nonché sul principio di proporzionalità, al fine di comprendere la sussistenza di un possibile contrasto con la normativa nazionale, prevista dall'art. 105 del D.lgs. n. 50 del 2016, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Analizzando il dato normativo dell'Unione, emerge la necessità di un bilanciamento dei diversi principi vigenti in materia, interpretati in base alla specificità della materia degli appalti pubblici, soprattutto di quelli con valore superiore a una certa soglia, per cui è opportuno che gli Stati membri elaborino disposizioni opportune per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti tali da garantire l'effettività dei principi e l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici, anche di piccole e medie imprese.

Sotto altro aspetto, non di minore importanza, è opportuno sottolineare che i “considerando” della Direttiva euro unitaria fanno salve eventuali misure che gli Stati membri ritengano necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici (a condizione che dette misure siano conformi al TFUE) anche al fine di evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato ad un'organizzazione criminale o che si siano resi colpevoli di atti fraudolenti o corruttivi, nonché al fine di salvaguardare l'osservanza di obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro.

La Direttiva indica, poi, alcuni strumenti normativi per il conseguimento dei principi di parità tra i concorrenti, di trasparenza e di proporzionalità dell'azione nell'affidamento degli appalti, quali l'imposizione di condizioni più rigorose agli operatori economici partecipanti alla gara, ad esempio estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, consentendo il pagamento diretto ai subappaltatori, oppure permettendo o imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che i subappaltatori non si trovino in una delle situazioni che giustificano l'esclusione dell'operatore economico.

Giova precisare che, conformemente all'articolo 4, lettera a), della Direttiva 2014/24, la stessa si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alla soglia di 5.225.000,00 euro per gli appalti pubblici di lavori.

Di diverso avviso è stato invece il Legislatore italiano, il quale ha previsto dei criteri più restrittivi proprio in considerazione del fatto che il rischio di infiltrazioni criminose nelle procedure di appalto è maggiormente presente. Proprio per questo motivo è stato posto un limite stringente alla facoltà di ricorrere al subappalto proprio perché spesso è utilizzato in maniera elusiva delle disposizioni di legge.

Infatti, l'art. 105, comma 2, del D. Lgs. n. 50 del 2016 - Codice dei contratti pubblici, prevede che l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

In tema di subappalto ed avvalimento, si segnala altresì la recente introduzione dei c.d. «contratti continuativi di cooperazione», di cui all'art. 105, 3° c. c-bis), per effetto del D. Lgs. n. 56/2017 «correttivo». Sul punto si è già acceso un acceso dibattito giurisprudenziale (Consiglio di Stato, Sez. V, 27/12/2018 n. 7256; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 29.01.2019, n. 1135, che richiama e condivide T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. III, 06.12.2018, n. 2583; T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, Sez. II, 04.03.2019, n. 221; Consiglio di Stato, 18.07.2019, n. 5068), che tuttavia esula dalla questione oggetto della presente nota, che intende esaminare il *thema decidendum* legato alla sentenza della Corte di Giustizia.

Ad ogni modo, anche queste sentenze da ultimo citate (T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. III, 06.12.2018, n. 2583) evidenziano una problematica non adeguatamente affrontata ad oggi, seppur nota, dalla giurisprudenza interna: la legittimità o meno di un sottinteso principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto, quale forma di tutela degli interessi pubblici immanenti nell'aggiudicazione ed esecuzione di un appalto.

Tale principio, seppur non denominato tale dal Codice, viene nei fatti garantito dalle limitazioni previste dall'art. 105 sopra citato, elemento che ha fatto dubitare della congruenza della norma con le disposizioni comunitarie e financo costituzionali incidenti sulla materia.

Anche alla luce delle diverse pronunce, in particolare della Corte di Giustizia, che hanno criticato le limitazioni al subappalto proprio perché limitative della concorrenza (tanto che la Commissione Europea ha aperto la procedura di infrazione n. 2018/2273 nei confronti dello Stato italiano su questo aspetto), il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha pertanto ritenuto opportuno sottoporre al rinvio pregiudiziale la questione sulla compatibilità del limite quantitativo previsto dal Codice degli Appalti italiano con gli articoli 49 e 56 TFUE, con l'articolo 71 della Direttiva 2014/24 nonché con il principio di proporzionalità.

Il rinvio pregiudiziale si è reso necessario perché la stessa giurisprudenza amministrativa sul subappalto parrebbe contrastare con il dato euro unitario, infatti i Giudici di Palazzo Spada si sono più volte espressi nel senso che il legislatore nazionale può legittimamente porre, in materia di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto a quelli previsti dalle norme euro unitarie di settore, laddove essi siano giustificati, da un lato, alla luce dei principi di sostenibilità sociale e, dall'altro, in considerazione dei valori

declinati dall'articolo 36 TFUE, tra cui compaiono l'ordine e la sicurezza pubblici. Inoltre, a parere del Giudice del rinvio, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui limiti quantitativi al subappalto, in materia di appalti pubblici, che verte sulla Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non si applica in relazione alla Direttiva 2014/24.

Il Giudice del rinvio parte dall'assunto che le Direttive non prevedono limiti quantitativi al subappalto e questo pone in dubbio l'intera costruzione interpretativa giurisprudenziale circa la legittimità della previsione legislativa di un limite generale del 30% per il subappalto, con riferimento all'importo complessivo del contratto, che, di fatto, può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

A ben vedere, infatti, il Codice degli Appalti fissa un limite in maniera astratta tramite una determinata percentuale del contratto, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui trattasi. Di conseguenza, il Giudice del rinvio si è quindi domandato se la normativa nazionale italiana non ecceda quanto necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti.

La Corte di Giustizia, esaminando il caso di specie, ha ribadito che l'obiettivo della Direttiva è di garantire il rispetto, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, e dei principi che ne derivano, in particolare la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza, nonché di garantire che l'aggiudicazione degli appalti pubblici sia aperta alla concorrenza.

In particolare, a tal fine, la predetta Direttiva prevede espressamente, al suo articolo 63, paragrafo 1, la possibilità per gli offerenti di fare affidamento, a determinate condizioni, sulle capacità di altri soggetti, per soddisfare determinati criteri di selezione degli operatori economici. Inoltre, l'articolo 71 della medesima Direttiva, che riguarda specificamente il subappalto, al suo paragrafo 2 dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

La Corte ha quindi ripreso e ribadito un proprio orientamento, già espresso con la sentenza del 14 luglio 2016, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562 secondo cui è legittimo, per gli offerenti, ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, in quanto strumento che favorisce l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

In quel caso, per l'appunto, la Corte ha stabilito che una clausola del capitolato d'onere di un appalto pubblico di lavori che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, è incompatibile con tale Direttiva, applicabile nell'ambito della controversia che aveva dato luogo a tale sentenza.

Risulta, infatti, interesse euro unitario che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile, come sostenuto dalla giurisprudenza in materia di appalti pubblici, soprattutto in considerazione del fatto che il ricorso al subappalto può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2017, *Borta*, C-298/15, EU:C:2017:266, punto 48 e giurisprudenza ivi citata).

Sotto altro aspetto, la Corte si è interrogata sul fatto se le norme supplementari in materia di subappalto previste dall'articolo 71 della Direttiva 2014/24 possano portare i singoli Stati membri a prevedere una normativa più stringente: ricordiamo infatti che l'art. 71 reca alcuni strumenti ulteriori che possono essere previsti dalla normativa nazionale, quali la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di chiedere o di essere obbligata dallo Stato membro a chiedere all'offerente di informarla sulle intenzioni di quest'ultimo in materia di subappalto o a procedere a verificare se sussistano motivi di esclusione dei subappaltatori ex art. 57 della stessa Direttiva (in particolare alla partecipazione a un'organizzazione criminale, alla corruzione o alla frode), nonché la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, a determinate condizioni, di trasferire i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti al contraente principale.

La Corte ha affermato la possibilità degli Stati membri di prevedere, nel proprio diritto interno, disposizioni più rigorose rispetto a quelle previste dalla predetta Direttiva in materia di subappalto, a condizione che tali prime disposizioni siano compatibili con il diritto dell'Unione. Peraltro, anche il considerando 41 della Direttiva 2014/24 prevede che nessuna disposizione di quest'ultima dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie, in particolare, alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE, mentre il considerando 100 di tale Direttiva precisa che è opportuno evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici, in particolare, ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale.

Oltre a ciò, la Corte di Giustizia ha ricordato il suo costante orientamento di riconoscere agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione di misure destinate a garantire il rispetto dell'obbligo di trasparenza, il quale si impone alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto dell'obbligo summenzionato (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, *Impresa E. e S.*, C-425/14, EU:C:2015:721, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

Non solo. E' la stessa Corte ad aver specificato che proprio il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, *Impresa E. e S.*, C-425/14, EU:C:2015:721, punti 27 e 28).

Tuttavia, la Corte ha quindi specificato che, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella nella fattispecie esposta nel procedimento principale e prevista dalla normativa italiana eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo, in quanto appare in evidente contrasto con i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (sentenza del 20 settembre 2018, *Montte*, C-546/16, EU:C:2018:752, punto 38).

Osservano, infatti, i Giudici euro unitari che la normativa italiana del Codice degli Appalti vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore

(v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punti 54 e 55).

Ne consegue che tale limite vige per tutti gli appalti, stabilendo di fatto l'obbligo che una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, ciò anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione.

Sul punto, come anticipato, ha avuto modo di esprimersi anche la Commissione, nella lettera che avviava la procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, specificando che misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano, al pari di quelle previste dall'articolo 71 della Direttiva 2014/24. Sia la Commissione che il Giudice del rinvio hanno peraltro rilevato che il diritto italiano prevede già numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese; pertanto, la Corte di Giustizia ha ritenuto che una restrizione al ricorso del subappalto è evidentemente incompatibile con la Direttiva 2014/24.

Rimane aperto il quesito sulla possibilità di porre limiti al subappalto, che non siano generali e indifferenziati: da quanto emerge dalla sentenza, vi è un'apertura circa la possibilità di limitare il subappalto non in via generale e astratta, ma autorizzando la specifica stazione appaltante a limitare essa stessa tale istituto, magari ponderando discrezionalmente. A tal fine dovrebbe essere necessario dimostrare che il divieto/limite al subappalto risulti necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione. Peraltro, la Corte ha sottolineato che il Governo italiano non ha affatto dimostrato, nell'ambito del procedimento, che le diverse disposizioni previste all'articolo 71 della Direttiva 2014/24, con le quali gli Stati membri possono limitare il ricorso al subappalto, nonché i possibili motivi di esclusione dei subappaltanti ai sensi dell'articolo 57 di tale Direttiva, e ai quali fa riferimento l'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), di quest'ultima, non possano essere attuate in modo tale da raggiungere l'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale.

Concludendo, alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte di Giustizia euro unitaria ha statuito che la Direttiva 2014/24 deve essere senz'altro interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Un'analisi diacronica della disciplina europea in materia di congedo parentale: la ricerca di una politica comune

di Luisa Marchesini

Title: A diachronic analysis of the European regulation on parental leave: the search for a common policy

Keywords: Parental leave; Reduction of remuneration; Shift work.

1. – Con la sentenza del 18 settembre 2019, José Manuel Ortiz Mesonero contro UTE Luz Madrid Centro, causa n. C-366/18, la Corte di Giustizia UE è intervenuta relativamente al rifiuto da parte di una società di Madrid di concedere a un suo dipendente il diritto di lavorare ad un orario fisso per prendersi cura dei figli.

In particolare, tale lavoratore si avvaleva di un regime di lavoro a turni con orario variabile, effettuava cioè rotazioni tra tre turni – mattutino, pomeridiano e notturno – con due giorni di riposo a settimana, che variavano secondo la programmazione stabilita dal datore di lavoro. Il lavoratore della sentenza in commento chiedeva di poter lavorare esclusivamente durante il turno mattutino, dal lunedì al venerdì, mantenendo lo stesso numero di ore lavorative e senza riduzione della retribuzione, per occuparsi dei suoi figli entrambi minorenni. Tuttavia, tale domanda era stata respinta dal datore di lavoro.

Pertanto, il lavoratore proponeva ricorso avverso tale rifiuto dinanzi al giudice del rinvio, presentando la sua richiesta di assegnazione a un turno di lavoro mattutino sul fondamento dell'articolo 34, paragrafo 8, dello Statuto dei lavoratori il quale prescrive che «il lavoratore ha il diritto di modificare la durata e la distribuzione dell'orario di lavoro per rendere effettivo il diritto di conciliare vita personale, vita familiare e vita professionale, secondo le modalità stabilite nel contratto collettivo o concordate con il datore di lavoro nel rispetto, in ogni caso, di quanto previsto da tale contratto collettivo [...]». Il giudice del rinvio risolveva la controversia fondandola sull'art 37, paragrafo 6, Statuto dei Lavoratori in quanto nessun accordo tra il lavoratore e il suo datore di lavoro, e nemmeno il contratto collettivo del settore metallurgico per Madrid, aveva attuato l'art 34 di cui prima.

Tuttavia, l'art 37 Statuto dei Lavoratori subordina l'esercizio del diritto del lavoratore di conciliare la propria vita familiare e lavorativa per potersi prendere direttamente cura di minori o di familiari a carico, alla condizione che il lavoratore riduca il suo orario di lavoro quotidiano con conseguente riduzione proporzionale della propria retribuzione. Pertanto, il giudice del rinvio sottoponeva la questione all'attenzione della Corte al fine di verificare se la disposizione di cui all'art 37, paragrafo 6, Statuto dei Lavoratori fosse da ritenersi in contrasto con gli artt. 23 rubricato "Parità tra uomini e donne" e 33, paragrafo 2 rubricato "Vita familiare e vita

professionale” della Carta, nonché con i principi della direttiva 2010/18, che detta le linee guida riguardanti la disciplina in materia di congedo parentale e le relative tutele per i genitori lavoratori.

La conclusione a cui è giunta la Corte di Giustizia Ue nella sentenza in commento in tema di congedo parentale è la seguente: alla questione non si applica la direttiva 2010/18, che stabilisce prescrizioni minime e disposizioni sul congedo parentale.

Infatti, secondo la Corte, in primo luogo, tale direttiva non si applica alla norma nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento, che riconosce al lavoratore che voglia prendersi direttamente cura di minorenni o di familiari a carico, il diritto di ridurre il proprio orario di lavoro quotidiano, con riduzione proporzionale della retribuzione, quando il suo regime di lavoro normale è a turni con un orario variabile e non possa beneficiare di un orario di lavoro fisso, mantenendo il proprio orario di lavoro quotidiano.

Infatti, la Corte di Giustizia afferma che ai sensi della clausola 1, punto 1, dell'accordo quadro sul congedo parentale, sono enunciate prescrizioni minime volte ad agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano, nel rispetto della legislazione, dei contratti collettivi e/o della prassi nazionali.

Inoltre, a riguardo del congedo parentale e delle modifiche dell'orario di lavoro, l'unica disposizione dell'accordo quadro sul congedo parentale è la clausola 6, punto 1, ai sensi della quale gli Stati membri e/o le parti sociali prendono le misure necessarie per garantire ai lavoratori che «tornano dal congedo parentale» la possibilità di richiedere modifiche dell'orario lavorativo e/o dell'organizzazione della vita professionale per un periodo determinato. Tuttavia, nel caso di specie, il lavoratore non risultava trovarsi in una situazione di ritorno dal congedo parentale, ai sensi della clausola 6, punto 1, del menzionato accordo quadro.

Pertanto, concludono i giudici della Corte di Giustizia, quando l'orario di lavoro del prestatore di lavoro è a turni con un orario variabile, esso non può trasformarsi in orario di lavoro fisso sul presupposto della direttiva 2010/18, poiché né la predetta direttiva, né l'accordo quadro sul congedo parentale impongono agli Stati membri di riconoscere al richiedente il congedo parentale il diritto di lavorare ad un orario fisso allorché il suo regime di lavoro normale è a turni con un orario variabile.

Ripercorrendo la disciplina europea in materia di congedo parentale si ricorda anzitutto la raccomandazione del Consiglio n. 92/241/CEE del 31 marzo 1992, sulla custodia dei bambini. È uno dei primi documenti che mira ad attuare le misure previste dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 nell'ambito delle misure che consentono agli uomini e alle donne di conciliare vita professionale e familiare, tanto che al punto 4, art 2 si enuncia il principio cardine della divisione tra uomini e donne delle responsabilità professionali e di quelle familiari.

Successivamente, con la direttiva 92/85/CEE concernente il miglioramento della sicurezza e salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o i periodo di allattamento, solo all'art 7 si riconosce il diritto a permessi retribuiti nel caso in cui gli esami prenatali debbano essere eseguiti durante l'orario di lavoro.

Il 14 dicembre 1995 è stato sottoscritto tra le organizzazioni interprofessionali a carattere generale l'accordo quadro sul congedo parentale, attuato con la direttiva 96/34/CE, con il quale si prevede per la prima volta «un'azione comunitaria volta ad agevolare uomini e donne nella conciliazione della vita professionale con quella familiare; una azione comunitaria, pertanto, di indiretto incentivo alla redistribuzione (anche) del lavoro di cura» (D. Gottardi, *Congedi Parentali*, in *Digesto - IV ed., dic. priv-sez. comm.*, Torino, Agg. 2000, p 187).

Ma ancora, la direttiva 2010/18/UE, entrata in vigore il 7 aprile 2010, attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale, abrogando la direttiva

96/34/CE, ponendosi l'obiettivo di sostenere e completare l'azione degli Stati membri in ordine al miglioramento della conciliazione della vita professionale, vita privata e di quella familiare dei genitori lavoratori, attraverso disposizioni sul congedo, anche in un'ottica di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto concerne le opportunità sul mercato del lavoro, sul presupposto che tali obiettivi non possono essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri.

Tale direttiva è stata successivamente abrogata dalla direttiva 2019/1158/UE, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 12 luglio 2019, ma in virtù dell'espresso richiamo da parte dei giudici della Corte della direttiva 2010/18/UE per risolvere il caso in commento è necessario soffermarci all'analisi della stessa.

In particolare, i contenuti sono sintetici, infatti, come viene esplicitamente chiarito in apertura al testo - punto 15 della direttiva - l'accordo quadro stabilisce prescrizioni minime e disposizioni sul congedo parentale e rinvia agli Stati membri e alle parti sociali per la determinazione delle condizioni di accesso e delle modalità di applicazione, affinché si tenga conto della situazione di ciascuno Stato membro. Viene inoltre precisato che il congedo parentale deve essere distinto dal congedo di maternità.

Successivamente sono elencate le caratteristiche del diritto al congedo parentale - al punto 16 - si afferma che tale diritto deve considerarsi un diritto individuale e in linea di principio non trasferibile. Tuttavia, gli Stati membri sono autorizzati a renderlo trasferibile, anche se l'esperienza ha dimostrato che rendere il congedo non trasferibile costituisce un valido incentivo per l'esercizio del congedo da parte dei padri.

I contenuti salienti successivi alla direttiva, si rinviengono direttamente nell'accordo quadro: alla clausola 1 intitolata "oggetto e ambito d'applicazione" si ribadisce che «il presente accordo si applica a tutti i lavoratori, di ambo i sessi, aventi un contratto o un rapporto di lavoro definito dalle leggi, dai contratti collettivi e/o dalle prassi vigenti in ciascuno Stato membro». Infine, include nell'ambito di applicazione dell'accordo tutti i lavoratori a tempo parziale, a tempo determinato o persone che hanno un contratto di lavoro con un'agenzia interinale.

La clausola 2 dell'accordo quadro sul congedo parentale, intitolata appunto "Congedo parentale", afferma che «il presente accordo attribuisce ai lavoratori di ambo i sessi il diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un figlio, affinché possano averne cura fino a una determinata età, non superiore a otto anni, che deve essere definita dagli Stati membri e/o dalle parti sociali». Inoltre, l'accordo stabilisce tempi e modalità del congedo: è accordato per un periodo minimo di quattro mesi per incoraggiare una più equa ripartizione del congedo parentale tra i due genitori e almeno uno dei quattro mesi deve essere attribuito in forma non trasferibile, le cui modalità di applicazione sono rimesse alla legge nazionale, tenendo conto delle disposizioni sul congedo in vigore negli Stati membri. Pertanto, ciò che viene in rilievo è la «comune assunzione di responsabilità familiari, adottate da entrambi i genitori - la quale - trova origine nella "logica dell'uguaglianza"» (A. Muratorio (*a cura di*), *L'Unione Europea sui congedi parentali tra legislazione ed orientamenti giurisprudenziali - Rassegna di giurisprudenza*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2011, fasc. 9, p. 242).

Più in generale si dispone che le modalità di applicazione del congedo parentale sono definite per legge, e o mediante contratti collettivi negli Stati membri, nel rispetto dei principi del presente accordo. Infine, il predetto richiama l'attenzione degli Stati membri e delle parti sociali riguardo alla valutazione della necessità di adeguare le condizioni di accesso e le modalità di applicazione del congedo parentale alle esigenze dei genitori di figli con disabilità o malattie a lungo decorso.

Dall'analisi dell'accordo quadro così innovato, i punti chiave devono considerarsi il riconoscimento del diritto al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un figlio fino a quando il figlio non raggiunge un'età stabilita dalla normativa nazionale e/o dai contratti collettivi, ma prima che abbia l'età di otto anni; applicabilità della tutela sia ai

lavoratori sia alle lavoratrici a prescindere dal tipo di contratto; infine il congedo parentale deve essere accordato per un periodo minimo di quattro mesi come diritto individuale di entrambi i genitori, con la precisazione che non deve essere trasferibile da un genitore all'altro, con i limiti di cui sopra.

Tale disciplina europea riguardante il congedo parentale non detta una politica europea unitaria e comune tra tutti gli Stati membri, ma «risulta evidente la volontà del Legislatore europeo di promuovere un miglioramento delle prescrizioni minime euro-unitarie in tema di congedi parentali attraverso l'azione delle parti sociali» (L. Battista, *Congedo parentale e diritto alle ferie nel quadro dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2019, fasc. 1, pt. 2, p. 181).

Infatti, nella direttiva non emergono elementi che possano garantire una tutela diretta al lavoratore della sentenza in commento, tuttavia le parti sociali predette attraverso lo strumento della contrattazione collettiva potranno «farsi portavoce dei bisogni dei lavoratori e delle lavoratrici per adattare le norme di diritto ai repentini mutamenti sociali, come auspicabile in tema di *work-life balance*» (L. Battista, *Congedo parentale e diritto alle ferie nel quadro dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2019, fasc. 1, pt. 2, p. 181).

Pertanto, il lavoratore del caso in esame che si trovi in un regime normale di orario lavorativo flessibile e che, per conciliare la propria vita familiare e lavorativa e potersi prendere direttamente cura di minori o di familiari a carico, incontri la necessità di modificare il proprio orario di lavoro in un regime di orario lavorativo fisso si troverà costretto a ridurre tale orario di lavoro e a vedersi ridotta in maniera proporzionale la propria retribuzione, secondo quanto stabilito dall'art 37, paragrafo 6, Statuto dei Lavoratori predetto.

Nel caso di specie, il lavoratore non potrà neanche avvalersi del "Permiso parental", delineato all'art 46 Regio Decreto del 23 ottobre 2015 n. 2, in quanto questo consiste in un congedo non retribuito, di non più di tre anni, conteggiando dalla data di nascita del bambino o dalla data di adozione, per prendersi cura del figlio biologico o adottato, utilizzabile per i genitori - lavoratori. Invero, tale congedo parentale è un congedo volontario di assenza, in cui sono riconosciuti soltanto i contributi di sicurezza sociale che incidono sui conti pensionistici, sulla copertura sanitaria per i primi due anni, nel settore privato e per l'intero periodo, nel settore pubblico.

La successiva direttiva 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, alla quale i Paesi dovranno conformarsi entro il 2 agosto 2022, prende come riferimento il modello familiare del *dual-earner carer* (famiglia a doppio reddito e doppia cura) «in cui entrambi i componenti della coppia sono occupati in tre quarti della giornata e sono ugualmente responsabili delle attività di cura della famiglia nel tempo restante [...] - tale modello inoltre - mira alla realizzazione della parità di genere in un duplice contesto, quello del mercato del lavoro e quello familiare» (V. Pasquarella, *"Work-life balance": esiste un modello italiano di "conciliazione condivisa" dopo il "Jobs act"?* (Work-life balance: is there an Italian model of "shared conciliation" after the Jobs act?) in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, fasc. 1, pt. 1, p. 45).

Con riferimento al congedo parentale di cui all'art 5 della predetta direttiva si precisa che gli Stati membri devono adottare «le misure necessarie affinché ciascun lavoratore disponga di un diritto individuale al congedo parentale di quattro mesi da sfruttare prima che il bambino raggiunga una determinata età[...]» e che tale età è fissata in modo «da garantire che ogni genitore possa esercitare effettivamente il proprio diritto al congedo parentale e su un piano di parità».

Inoltre, si sottolinea «l'intersezione tra conciliazione e parità di trattamento» (L. Calafà (a cura di), *Paternità e lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 51) promuovendo importanti misure per attuare la conciliazione condivisa, in particolare prevedendo il

congedo parentale come diritto attribuito a entrambi i genitori e vietandone sostanzialmente il trasferimento; infatti: sempre all'art 5 della direttiva 2019/1158/UE si stabilisce che gli Stati membri si impegnano a rendere non trasferibili due dei quattro mesi di congedo parentale.

Infine, la direttiva innova l'accordo quadro sotto un altro aspetto: riguarda la possibilità di fruire dei congedi parentali con modalità flessibili. Infatti, al punto 5 del predetto articolo si stabilisce espressamente che «gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che i lavoratori abbiano il diritto di chiedere di fruire del congedo parentale anche secondo modalità flessibili». Agli Stati membri è demandato il compito di specificare le modalità di applicazione e il datore di lavoro dovrà motivare l'eventuale rifiuto di una tale richiesta per iscritto. Tale possibilità di garantire la massima flessibilità nel godimento del congedo si rivela sicuramente uno «strumento utile per garantire il contemperamento tra le esigenze del lavoro e i bisogni di cura in ambito familiare e, dunque, per consentire un migliore equilibrio tra vita privata e responsabilità (ed ambizioni) professionali, equilibrio spesso di fatto messo in crisi da una prolungata assenza dal lavoro soprattutto per la carriera e le prospettive delle lavoratrici» (R. Nunin, *I congedi parentali dopo il D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2016, fasc. 1, p. 18).

Inoltre, si specifica che gli Stati membri devono adottare tutte le misure necessarie per garantire che, nel valutare le richieste di congedo parentale a tempo pieno, i datori di lavoro, prima di qualsiasi rinvio della concessione del congedo parentale per timore di eventuali pregiudizi al buon funzionamento della propria organizzazione lavorativa, offrano per quanto possibile modalità flessibili di fruizione del congedo parentale.

Pur riconoscendo al nuovo sistema di tutele il merito di mirare a una più concreta ed equa ripartizione delle responsabilità di assistenza familiare tra uomini e donne, introducendo nuove e più pratiche misure dirette al raggiungimento della parità di genere, anche la direttiva 2019/1158/UE si limita a stabilire i requisiti minimi che tutti gli Stati membri dovranno attuare nel tentativo di incrementare l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza.

Ebbene, anche in tale direttiva la nozione di conciliazione assume «contorni fluttuanti» (A. R. Tinti, *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art 9 della legge n. 53/2000*, in *LD*, 2009, 2, p.180). Infatti, tale direttiva in tema di congedo parentale, è da considerarsi come una mera linea guida diretta all'unitario scopo di suggerire un indirizzo coerente alle scelte politiche e normative degli Stati membri.

Infatti, malgrado sia da considerarsi un'importante linea di indirizzo della materia, con essa non è concretizzabile un'omogenea politica comune europea.

La politica comunitaria si è limitata all'introduzione di prescrizione minime dirette al *work-life balance*, rinunciando ad adottare una disciplina unitaria riguardante la conciliazione della vita professionale, privata e familiare dei genitori lavoratori, anche in un'ottica di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto concerne le opportunità sul mercato del lavoro.

Viceversa, un'azione di coordinamento a livello dell'Unione e un contestuale avvio di una politica comune in tal senso sono da considerarsi indispensabili.

La Corte di Giustizia si pronuncia sull'illegittimità della proroga di una concessione autostradale in assenza di una procedura di evidenza pubblica

di Andrea Marchetti

Title: The Court of Justice pronounces itself on the illegitimacy of the extension of a public works concession contract for a motorway, awarded without following a public procurement procedure

Keywords: Public procurement; Public works concession; Contract extension.

1. – La sentenza in commento è stata pronunciata a conclusione di una procedura di infrazione avviata ai sensi dell'art. 258 del TFUE nei confronti dell'Italia.

Con la sentenza del 18 settembre 2019, nella causa C-526/17, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (d'ora in avanti anche CGUE) ha accolto il ricorso della Commissione europea, condannando lo Stato italiano in merito all'illegittima proroga, senza previa pubblicazione di un bando per la nuova gara, del contratto di concessione della tratta autostradale A12, Cecina-Livorno.

In forza di tale pronuncia lo Stato italiano è stato infatti dichiarato inadempiente rispetto agli obblighi di cui agli articoli 2 e 58 della Direttiva 2004/18/UE “relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”, vigente al momento della proroga, per aver esteso di ulteriori diciotto anni la durata del precedente contratto, così apportando una “modifica essenziale”, in violazione dei principi di pubblicità, parità di trattamento e libera concorrenza, cui anche le concessioni sono tenute ad adeguarsi.

2. – La Commissione ha adito la CGUE a seguito di una piuttosto complessa sequela di successivi atti negoziali intercorsi tra l'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade S.p.A. (ANAS), amministrazione aggiudicatrice responsabile delle concessioni autostradali e il soggetto concessionario.

Ai fini della ricostruzione della vicenda processuale riportiamo una sintesi delle vicende negoziali che hanno interessato la concessione autostradale relativa all'autostrada Livorno-Civitavecchia e da cui è poi scaturita l'attivazione della procedura di infrazione per violazione del diritto eurounitario.

Il 23 ottobre 1969 veniva stipulato un contratto di concessione di lavori pubblici tra l'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade S.p.A. (ANAS), amministrazione aggiudicatrice responsabile delle concessioni autostradali, e l'operatore economico Società Autostrada Tirrenica S.p.A. (SAT). La concessione aveva ad oggetto la

costruzione e l'esercizio dell'autostrada che collega Livorno a Civitavecchia, avente la lunghezza complessiva di circa 237 km.

L'articolo 7 di detto contratto di concessione prevedeva che il rapporto contrattuale avesse termine allo spirare del trentesimo anno successivo all'apertura dell'esercizio dell'intera autostrada. Si stabiliva tuttavia che il termine stesso non potesse superare il trentesimo anno a decorrere dalla data di completamento dei lavori prevista nel piano generale di esecuzione dei lavori.

Ma la concessione veniva successivamente modificata, ed in data 14 ottobre 1987 l'ANAS e la SAT sottoscrivevano un atto aggiuntivo alla convenzione di concessione del 1969 in cui, modificando quanto precedente previsto dal contratto del 1969 in ordine alla durata del rapporto contrattuale, si disponeva che «la durata della presente concessione è fissata in anni trenta decorrenti dalla data di apertura al traffico dell'intera autostrada».

Successivamente le parti tornavano a modificare il contratto di concessione intervenendo nuovamente sulla scadenza del rapporto contrattuale. Il 7 ottobre 1999 l'ANAS e la SAT stipulavano un contratto concernente in particolare l'esercizio della tratta Livorno-Cecina, di 36,6 km, aperta al traffico il 3 luglio 1993 e costituente parte integrante dell'autostrada A12 Livorno-Civitavecchia, assentita in concessione di costruzione ed esercizio alla stessa SAT. L'articolo 2, paragrafo 3, del medesimo contratto stabiliva che «al momento in cui verranno a concretarsi i presupposti di legge e di fatto per la prosecuzione del piano costruttivo assentito in concessione, sarà stipulato apposito atto aggiuntivo per la regolamentazione convenzionale della costruzione e dell'esercizio delle altre due tratte Cecina-Grosseto e Grosseto-Civitavecchia». L'articolo 23 del contratto del 1999, intitolato "Durata della concessione", stabiliva comunque, al suo paragrafo 1, un nuovo termine di scadenza del contratto fissato al 31 ottobre 2028.

Prolungando, in forza di tali "modifiche all'oggetto" la durata della concessione, in data 11 marzo 2009 l'ANAS e la SAT hanno sottoscritto uno schema di convenzione unica allo scopo di disciplinare integralmente ed unitariamente il rapporto tra il concedente ed il concessionario per la progettazione, costruzione ed esercizio di tutti gli interventi già assentiti in concessione di costruzione ed esercizio della convenzione stipulata con l'ANAS in data 7.10.1999, tra cui anche la tratta Livorno-Cecina (Rosignano) aperta al traffico in data 3.07.1993.

In particolare l'articolo 4 della suddetta convenzione unica, intitolato "Durata della concessione", dispone, al suo paragrafo 1, che «la scadenza della concessione, in funzione del completamento dell'Autostrada Cecina (Rosignano)-Civitavecchia, tenuto conto delle sospensioni della fase realizzativa indicate nelle Premesse, nonché dell'articolo 143 del decreto legislativo n. 163/2006, è fissata al 31.12.2046 (...)».

In altri termini ANAS, senza procedere ad alcuna forma di evidenza pubblica, ha provveduto direttamente alla proroga della durata contrattuale della concessione autostradale in favore di SAT il cui termine era originariamente pattuito per il 31.10.2028.

Proprio a seguito di tale nuovo accordo contrattuale, nel corso del 2009, la Commissione europea ha ricevuto una denuncia in merito alla proroga concessa da ANAS alla SAT in ragione della quale sono stati successivamente avviati contatti con lo Stato italiano finalizzati a chiedere chiarimenti in merito. I contatti intercorsi tra le parti non hanno prodotto alcun risultato e dunque non si è pervenuti ad alcuna soluzione. Per tale ragione in data 22 aprile 2014 la Commissione ha inviato al Governo italiano una lettera di diffida in forza dell'art. 258 TFUE, rilevando la potenziale violazione degli art. 2 e 58 della direttiva 2004/18, per chiedere allo stesso di presentare proprie osservazioni in merito alla suddetta proroga.

Non reputando soddisfacenti le risposte alla lettera di diffida, il 17 ottobre 2014 la Commissione ha formulato un parere motivato a seguito del quale si sono susseguiti alcuni incontri aventi ad oggetto una possibile riduzione della durata della concessione di cui trattasi e l'eventuale indizione di una gara relativamente ai lavori da effettuare nell'ambito di tale concessione.

Preso atto dell'infruttuosità di tali tentativi, successivamente, con lettera inviata l'8 marzo 2016 alla Repubblica italiana, la Commissione ha invitato il Governo a prendere tutte le misure necessarie per conformarsi al suddetto parere motivato, apponendo alla concessione di cui trattasi il termine del 31 ottobre 2028, come previsto dal contratto del 1999.

Ritenendo che la Repubblica italiana non avesse adottato le misure necessarie per conformarsi agli obblighi derivanti dalla direttiva 2004/18/UE e che non fosse stato posto fine all'asserita violazione degli articoli 2 e 58 di tale direttiva, la Commissione ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 258 TFUE dinnanzi alla CGUE chiedendo che venisse accertato che, «nel prorogare al 31 dicembre 2046 la scadenza della concessione di lavori relativa all'autostrada A 12 Civitavecchia-Livorno senza pubblicazione di alcun bando di gara, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù degli artt. 2 e 58 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), come in seguito modificata» e per l'effetto «condannare la Repubblica italiana al pagamento delle spese di giudizio».

3. – Prima di entrare nel merito della pronuncia in commento ci pare opportuno fornire un quadro della normativa vigente al momento della sottoscrizione della proroga del termine del contratto (per un approfondimento recente sul rapporto tra diritto europeo e sistema delle concessioni autostradali si veda C. Amalfitano, M. Condinanzi, *Concessioni autostradali e vincoli europei*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2018, fasc. 6, pp. 939-968).

I parametri di legittimità invocati dalla Commissione sono gli artt. 2 e 58 della direttiva 2014/18/UE.

L'art. 2, definendo i principi di aggiudicazione degli appalti, stabilisce che «[l]e amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza»; l'art. 58 attuando i principi di pubblicità di cui al citato art. 2, in merito all'aggiudicazione delle concessioni prevede che «[l]e amministrazioni aggiudicatrici che intendono procedere alla concessione di lavori pubblici rendono nota tale intenzione mediante un bando».

La direttiva tace invece con riferimento alla disciplina normativa delle eventuali ipotesi di proroga del contratto o di modifiche in corso di esecuzione del rapporto. A tal fine corrono in nostro aiuto i principi sanciti dalla giurisprudenza della stessa CGUE.

Nella causa *Finn Frogne* i giudici di Lussemburgo hanno chiarito infatti come «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale. È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere l'appalto, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero

potuto essere ammessi offerenti diversi». Pertanto, prosegue la CGUE, «[i]n linea di principio, una modifica sostanziale di un appalto pubblico dopo la sua aggiudicazione non può essere apportata in via di trattativa privata tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario, ma deve dare luogo a una nuova procedura di aggiudicazione vertente sull'appalto così modificato [...]. Diverso sarebbe soltanto se tale modifica fosse stata prevista dalle clausole dell'appalto iniziale» (cfr. Corte Giust., sent. 7-11-2016, C-549/14, *Finn Frogne*, punto 28 e 30).

Dalla giurisprudenza della Corte risulta parimenti che «l'ente aggiudicatore non può, in linea di principio, modificare, nel corso della procedura di aggiudicazione, la portata delle condizioni essenziali dell'appalto, tra le quali figurano le specifiche tecniche e i criteri di aggiudicazione, e sulle quali gli operatori economici interessati si sono legittimamente basati per prendere la decisione di preparare la presentazione di un'offerta o, al contrario, di rinunciare a partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto considerato» (cfr. Corte Giust., sent. 5-04-2017, C-298/15, *Borta*, punto 70).

Dunque secondo i precedenti della CGUE le modifiche sostanziali a un contratto pubblico, intese come quelle modifiche che determinano caratteristiche sostanzialmente diverse al contratto iniziale, non possono essere apportate senza l'indizione di una nuova procedura di evidenza pubblica. In tal senso, a rendere ancor più chiaro il concetto, contribuisce un altro pronunciamento della CGUE nel quale si afferma come «[a]l fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto» (cfr. Corte Giust., sent. 13-10-2010, C-91/08, *Wall*, punto 37).

E non vi è dubbio che tra gli elementi la cui modifica è suscettibile di essere definita come sostanziale vi rientri anche la durata contrattuale: un'estensione del rapporto contrattuale determina infatti effetti anche in ordine all'importo del contratto (nei contratti di durata) e dunque alla remunerazione dell'operatore economico. Ed altresì non può sottacersi come la durata del contratto costituisca innegabilmente una condizione essenziale sulla quale l'operatore economico fonda le proprie determinazioni in vista della presentazione dell'offerta in sede di gara.

Del resto anche la stessa direttiva 2004/18/UE limitava i casi di aggiudicazione di un contratto, senza previa espletazione di una procedura di gara, alle sole ipotesi disciplinate dall'art. 31 (c.d. procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara), ovvero, per gli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi nelle seguenti fattispecie:

- a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest'ultima;
- b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;
- c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'Articolo 30. Le circostanze

invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici».

Se la direttiva 2004/18/UE null'altro aggiungeva in merito alla durata e l'eventuale proroga del contratto di concessione si evidenzia tuttavia come l'art. 143, comma 8, del previgente d.lgs. 163/2006 di attuazione della predetta direttiva, prevedesse un'ipotesi eccezionale di proroga dei termini del rapporto contrattuale in funzione del mantenimento dell'equilibrio economico finanziario del rapporto contrattuale. Il testo della norma citata prevedeva infatti che «I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario, previa verifica del CIPE sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente».

Anche nella disciplina normativa nazionale, dunque, l'ipotesi di proroga della durata contrattuale era limitata ad una casistica assai circoscritta e connessa esclusivamente ad ipotesi di revisione della concessione per cause legate alle modifiche, da parte della stazione appaltante, dei presupposti o delle condizioni di base dell'equilibrio economico finanziario del rapporto contrattuale.

La nuova direttiva 2014/23/UE (in particolare l'art. 43), così come la nuova disciplina nazionale di recepimento, non sono da meno, non avendo previsto alcuna eccezione alla regola dell'evidenza pubblica per l'adozione di modifiche sostanziali come la proroga della durata contrattuale. Anzi, l'art. 175 del d.lgs. 50/2016, disciplinando le fattispecie che ammettono la modificabilità del contratto di concessione, esclude la necessità di una nuova procedura di evidenza pubblica nel caso in cui «le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate» aggiungendo tuttavia espressamente che «[t]ali clausole non possono apportare modifiche che alterino la natura generale della concessione. In ogni caso le medesime clausole non possono prevedere la proroga della durata della concessione» (sui contenuti della nuova direttiva in materia di concessioni cfr. V. Ferraro, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/ 23/ UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, pag. 835 e ss.; G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/ 23/ UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, p. 101 e ss.; rispetto alla disciplina nazionale di recepimento cfr. A. Massera, *La trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale, con particolare riferimento alle concessioni*, in *Astrid Rassegna*, n. 13/2016; B. Raganelli, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico- privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in cammino*, 27 febbraio 2017; M. Ricchi, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 50/2016)*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 3/2016).

4. – La questione di cui trattiamo si iscrive in realtà in un contesto del mercato italiano, quello della costruzione e gestione della rete autostradale, dove numerose sono le concessioni ancora oggi interessate da un regime di proroga.

Secondo i dati forniti nell'ambito di un'indagine conoscitiva condotta dalla Camera dei deputati sulle concessioni autostradali nel corso della XVII legislatura, nel giugno 2015, il ricorso alla proroga delle concessioni è uno strumento assai frequente e diffuso nel panorama italiano. Si pensi non solo alla proroga in favore della società Autostrade S.p.A. introdotta nel 1999 per una durata di ulteriori 35 anni (dal 2003 al 2038) ma anche a quelle concesse alla Sav S.p.A. (27 anni) nel 2002, alla Sitaf S.p.A. (23 anni: una prima proroga, fino al 2027, nel 2002; una seconda, fino al 2050, nel 2003), alla Autostrada dei Fiori S.p.A. Torino – Savona (12 anni) e alla Salt S.p.A. (17 anni), entrambe concesse nel 1999. A queste si sono poi aggiunte le proroghe richieste e poi concesse ai sensi del previgente art. 5 del d.l. 12-09-2014, n. 133, c.d. "Sblocca Italia" il quale prevedeva la possibilità per i concessionari di tratte autostradali di proporre entro il 31.12.2014 (poi successivamente prorogato al 31.12.2015) modifiche del rapporto contrattuale in essere al fine di assicurare gli investimenti necessari per interventi di potenziamento, adeguamento strutturale e tecnologico delle infrastrutture.

Non è un caso che il legislatore prima, e l'Anac poi, si siano soffermati sul punto per provare a contenere gli effetti distorsivi sulla concorrenza prodotti da un sistema di proroghe e affidamenti diretti senza previo espletamento di procedure di evidenza pubblica.

L'art. 178 del vigente d.lgs. 18-04-2016, n. 50 assegna infatti un termine ai concedenti per quelle concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del nuovo codice, siano scadute, al fine di provvedere, laddove ancora non lo avessero fatto, alla predisposizione nel termine perentorio di sei mesi del bando di gara per l'affidamento della concessione, secondo le regole di evidenza pubblica.

L'Anac, tentando di arginare le criticità rilevate soprattutto con riferimento al diritto europeo sulla concorrenza, mediante il Comunicato del proprio Presidente del 17 maggio 2017, ha richiamato invece l'attenzione sulla necessità, per i concessionari autostradali, di spostare "a valle" delle concessioni originariamente affidate senza gara il momento competitivo e concorrenziale per il sub affidamento di lavori. In esso si afferma che «L'art. 177, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 prevede, in particolare, che i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici e di forniture, già in essere all'entrata in vigore del Codice dei contratti, non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica, sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi o forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica. [...] Tra i soggetti obbligati [...] rientrano i concessionari autostradali, qualora le rispettive concessioni non siano state affidate in origine con procedure di evidenza pubblica. Per questi ultimi sono previsti dall'art. 178 del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017, anche ulteriori specifici adempimenti. [...] L'adeguamento [...] dovrà avvenire entro 24 mesi dall'entrata in vigore del Codice dei contratti [...]».

Volendo dare uno sguardo alla situazione esistente nel contesto europeo il quadro che ne possiamo trarre è assai diverso. Non solo perché il sistema delle forme di gestione è diversificato e più composito: la gestione esclusivamente pubblica o affidata a impresa pubblica prevista in Germania, Austria, Danimarca, Paesi Bassi e Svezia; la gestione esclusiva in favore di un concessionario privato in Irlanda e Polonia; i sistemi misti (in cui si adottano entrambe le soluzioni) con prevalenza di affidamenti in favore di privati in Spagna, Italia, Francia, Portogallo, Grecia o con prevalenza di gestione pubbliche come in Regno Unito (le informazioni sono tratte da Oxera, *La regolazione delle autostrade: caso italiano e confronto internazionale*, febbraio 2019, in www.oxera.com)

Tra gli Stati che ricorrono a forme di affidamento in favore di imprese private, tuttavia, nessuno ha finora previsto forme “strutturali” o di “sistema” del regime di proroga delle concessioni come quelle ormai venutosi a delineare surrettiziamente in Italia. Non deve indurre in errore il caso delle proroghe delle concessioni autostradali disposte in Francia. Nel 2014 sono state infatti previste proroghe di breve durata di alcune delle concessioni autostradali esistenti che hanno ottenuto il via libera da parte delle istituzioni europee (*Decisione Commissione europea – C(2014) 7850 del 28 ottobre 2014*).

Le differenze con il caso italiano non risiedono solo nella minor durata delle proroghe ma anche nella preventiva messa in concorrenza “a monte” delle concessioni autostradali (circostanza quasi sempre esclusa per quelle italiane i cui affidamenti risalgono a periodi assai risalenti nel tempo quando ancora il diritto comunitario non aveva iniziato a disciplinare la materia). Inoltre la proroga delle concessioni nel caso francese è stata collegata alla realizzazione di nuovi ingenti investimenti a carico dei concessionari, nonché all’impegno da parte degli stessi di garantire ad imprese terze l’accesso al mercato dei nuovi lavori derivanti dalla proroga delle concessioni.

5. – Analizzato il quadro normativo di riferimento non resta che esaminare la vicenda processuale soffermandosi sulle argomentazioni delle parti.

La posizione della Commissione muove dalla censura rispetto alla violazione degli artt. 2 e 58 della direttiva 2004/18/UE per effetto dell’introduzione di una proroga della concessione di lavori relativi all’autostrada A12 Civitavecchia-Livorno di 18 anni (dal 2028 al 2046), disposta senza la pubblicazione di alcun bando di gara.

In particolare le argomentazioni della Commissione si fondano sul presupposto che la proroga al 31 dicembre 2046 della concessione costituisca la modifica di un termine essenziale del contratto che come tale, considerandola alla stregua di un nuovo affidamento, avrebbe dovuto essere oggetto di pubblicità mediante pubblicazione di un bando di gara.

In altri termini la tesi della Commissione si basa sull’identificazione della proroga di 18 anni della concessione esistente all’aggiudicazione di una nuova concessione, e questo in quanto detta proroga si traduce in una modifica sostanziale della concessione di lavori esistente. Secondo la Commissione, infatti, una simile modifica, incidendo in modo considerevole sulla durata contrattuale, «avrebbe imposto l’avvio di una nuova procedura di messa in concorrenza, dato che, se fosse stata conosciuta in anticipo, altri concorrenti avrebbero potuto partecipare alla gara».

In altri termini si sostiene che la natura sostanziale della modifica è da imputarsi all’estensione della durata contrattuale e dunque all’aumento della remunerazione per il concessionario, con modifica rilevante dell’equilibrio economico a suo favore ed un allungamento dei tempi per ammortizzare gli investimenti e ridurre i costi di produzione. La portata della modifica viene considerata tale per cui, a fronte di una maggiore durata e dunque di maggiori introiti, se fosse stata conosciuta in anticipo, essa avrebbe senz’altro determinato la partecipazione alla procedura di gara anche di offerenti diversi.

Da qui la contestazione della violazione dei principi di trasparenza e di non discriminazione in virtù della mancata pubblicazione del bando di gara, con grave danno per la concorrenza, non avendo avuto gli operatori economici potenzialmente interessati la possibilità di formulare un’offerta, perché non sono stati messi nelle condizioni di comprendere l’entità dei lavori da realizzare e la durata del rapporto contrattuale.

La difesa del Governo italiano prende le mosse da quello che viene considerato l’erroneo presupposto di fatto di tutta la tesi difensiva della Commissione, ovvero il fatto che sia

stata disposta una proroga contrattuale di 18 anni della concessione esistente. Secondo la difesa erariale, infatti, il termine mobile di 30 anni a partire dall'apertura dell'esercizio dell'intera autostrada, stabilito all'articolo 7 del contratto di concessione del 1969, non sarebbe mai trascorso. Inoltre, la convenzione unica del 2009 non avrebbe determinato alcuna modifica all'oggetto della concessione trattandosi di lavori già tutti previsti nella concessione iniziale del 1969, limitandosi soltanto a prevedere una revisione necessaria delle clausole del contratto in vista del completamento dell'autostrada A12 e al fine di garantire l'equilibrio contrattuale iniziale.

Lo Stato italiano contesta dunque alla Commissione l'argomentazione secondo la quale sarebbero state apportate al contratto modifiche di natura sostanziale che, per essere introdotte, avrebbero necessitato di una nuova procedura di evidenza pubblica in quanto assimilabili all'aggiudicazione di una nuova concessione. In particolare l'Avvocatura dello Stato confuta la conclusione della Commissione circa la qualificazione delle modifiche apportate alla concessione come "sostanziali", sostenendo invece come l'oggetto della concessione in realtà non sia stato modificato rispetto a quello inizialmente definito ma che la stipula della convenzione unica del 2009 sia solamente la conseguenza dell'introduzione di un obbligo, da parte di taluni atti regolamentari e legislativi nel corso del 2006 (in particolare dal decreto-legge del 3 ottobre 2006, n. 262), di inserire tutte le clausole contrattuali di ogni concessione autostradale in un unico atto giuridico, che effettui una ricognizione, una revisione e costituisca una novazione dei contratti precedenti.

La difesa dello Stato italiano richiama l'attenzione poi sulle sopravvenienze fattuali e normative che non hanno consentito di concludere i lavori alla data originariamente fissata e che hanno imposto di rideterminare la scadenza della concessione, ritenendo errato il calcolo temporale effettuato dalla Commissione rispetto all'effettiva esecuzione dei lavori compresi nella vecchia concessione del 1969 poi rinnovata nel 1999. Secondo il Governo italiano dunque le uniche modifiche apportate alla concessione hanno riguardato la durata contrattuale, senza che sia stata apportata alcuna modifica all'oggetto della concessione originaria la quale non è mai stata completata. La rideterminazione della durata, e (di conseguenza) del PEF e delle tariffe, senza alcun contributo a fondo perduto a carico dello Stato, viene dunque giustificata dallo Stato italiano come mero intervento finalizzato a ristabilire l'equilibrio contrattuale tra le parti.

Lo Stato italiano evidenzia, inoltre, come applicare *ex post* regole inesistenti al momento della prima concessione violerebbe i principi di legittimo affidamento, *pacta sunt servanda* e certezza del diritto che, come noto, e per consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, sono principi generali di diritto dell'Unione. La difesa erariale infine prova a fondare le proprie argomentazioni sulla non applicabilità del diritto europeo alla fattispecie *de qua* in forza della presunta continuità di relazioni tra la proroga contrattuale del 2009 e la prima concessione del 1969, quando la direttiva 2004/18/UE non era (ovviamente) ancora entrata in vigore e non vi era alcuna norma di diritto comunitario a disciplinare fattispecie analoghe al caso di specie.

6. – La decisione della Corte, preliminarmente, fornisce un chiarimento circa la disciplina normativa applicabile ricordando come, differentemente da quanto sostenuto dalla difesa dello Stato italiano, la normativa dell'Unione applicabile è quella in vigore alla data della modifica contrattuale (richiamando in tal senso, un proprio precedente dell'11 luglio 2013, Commissione/Paesi Bassi, C-576/10, punto 54). In altri termini per la Corte, «il fatto che la conclusione del contratto di concessione iniziale sia anteriore all'adozione delle norme dell'Unione in subiecta materia non comporta quindi alcuna conseguenza» (cfr. punto 60 della sentenza). Proseguono poi i giudici di Lussemburgo

sostenendo come «dato che è pacifico tra le parti che la concessione di lavori pubblici di cui trattasi e la convenzione unica del 2009 rientrano nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 2004/18, le modifiche apportate da tale convenzione unica al rapporto contrattuale esistente tra l'ANAS e la SAT possono, in linea di principio, essere valutate alla luce delle disposizioni di tale direttiva» (punto 62 della sentenza).

Ed è proprio con riferimento alla direttiva 2004/18/UE che la CGUE ravvisa nel caso di specie una violazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza per il fatto che, a fronte di una modifica sostanziale come quella in concreto apportata al contratto, non è stato dato seguito all'espletamento di alcuna procedura di evidenza pubblica. Richiamando il proprio precedente del caso *Finn Frogne* (Corte Giust., sent. 7-11-2016, C-549/14, *Finn Frogne*) i giudici europei ricordano come «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice concedente e il concessionario apportino alle disposizioni del loro contratto di concessione modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale. È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere la concessione di lavori pubblici, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore del concessionario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione della concessione di lavori pubblici, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, o sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi» (punto 58 della sentenza).

Ed è proprio alla luce di tali principi che la Corte giunge a qualificare la proroga contenuta all'art. 4, paragrafo 1, della convenzione unica del 2009 (dal 31 ottobre 2028 al 31 dicembre 2046) alla stregua di una modifica sostanziale delle condizioni della concessione esistente (cfr. punto 76 della sentenza) censurandone pertanto la violazione dell'obbligo di parità di trattamento di cui all'articolo 2 della direttiva 2004/18/UE e l'obbligo di pubblicare un bando di gara, previsto al successivo articolo 58.

Nessun pregio giuridico viene dunque riconosciuto dai giudici alle argomentazioni difensive del Governo italiano, né con riferimento alla tesi secondo la quale la proroga contrattuale deve imputarsi all'invocata necessità di ristabilire condizioni di equilibrio contrattuale, ciò peraltro in contrasto con la corretta allocazione del rischio contrattuale prevista per le concessioni (cfr. sul punto F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, p. 743 e ss.; G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2018, fasc. 2, p. 599 e ss.; M. Tiberii, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 3, p. 32 e ss.), né con riguardo alla prospettata violazione del principio di legittimo affidamento causato dalle asserite modifiche normative e tecniche incorse in corso di esecuzione del contratto.

In ragione di tali considerazioni la Corte giunge alla conclusione secondo cui «[t]ale proroga di 18 anni e 2 mesi della durata iniziale di tale concessione costituisce dunque, in forza dei principi richiamati al punto 58 della presente sentenza, una modifica sostanziale delle condizioni della concessione esistente» e pertanto «la Repubblica italiana, avendo prorogato dal 31 ottobre 2028 al 31 dicembre 2046 la concessione della tratta Livorno-Cecina dell'autostrada A12 Livorno-Civitavecchia senza pubblicare alcun bando di gara, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 2 e 58 della direttiva 2004/18».

7. – Analizzato il caso in questione e offerto un quadro, per quanto approssimativo, della situazione complessiva del regime di proroga delle concessioni autostradali in Italia non resta che tracciare alcune riflessioni conclusive in merito alla decisione in commento.

La sentenza della Corte di Giustizia UE mette a nudo la precarietà del modello di gestione del sistema autostradale italiano, auspicando che questa condanna per il nostro Paese possa rappresentare l'occasione per imprimere, finalmente, un decisivo cambio di rotta sul tema. La pronuncia dei giudici di Lussemburgo non lascia infatti alcun margine di dubbio circa la futura sostenibilità giuridica di un sistema che finora si è retto in gran parte su un meccanismo ormai istituzionalizzato di proroghe contrattuali. Il fenomeno italiano risulta poi aggravato dal fatto che molto spesso tali proroghe, concesse senza alcuna procedura di evidenza pubblica, incidono su contratti di concessione a loro volta affidati in assenza di procedure competitive sul mercato.

Il ricorso a simili meccanismi, al di là dei profili di criticità rispetto al diritto della concorrenza (per una riflessione sul rapporto tra concessioni pubbliche e tutela della concorrenza si veda V. Ferraro, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la "specialità" del regime dei contratti della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2016, fasc. 1, pag. 259 e ss.), evidenzia anche tutta la fragilità del sistema infrastrutturale italiano, da una parte condannato da gravi carenze rispetto al resto dell'Europa, dall'altra ingessato da una burocrazia e da un sistema normativo che non sempre hanno garantito un'adeguata programmazione e pianificazione degli investimenti (spesso peraltro eseguiti con gravi ritardi), nonché un corretto intervento manutentivo.

Le proroghe sono dunque divenute, per certi aspetti, interventi necessitati o comunque strumenti che, in assenza di adeguate capacità di pianificazione ed efficienza nella gestione delle risorse pubbliche, hanno garantito la continuità del servizio.

Ciò non deve indurre a ritenere che vi possano essere giustificazioni per quanto accaduto sinora: l'auspicio è che l'Italia adotti prontamente le adeguate contromisure per evitare soluzioni come quella verificatesi nel caso di specie. Questo significa superare la logica emergenziale che finora ha caratterizzato il sistema e in ragione della quale, a fronte della scarsità di risorse economiche per gli investimenti necessari a garantire sicurezza e adeguata fruibilità delle reti autostradali, si è scelto di sacrificare la concorrenza e il mercato attraverso proroghe ultradecennali in favore dei concessionari esistenti. Il rischio è quello di eludere le logiche di mercato arrivando a creare rendite di posizione difficilmente giustificabili, in altri termini sacrificare sull'altare di una ordinata gestione delle infrastrutture italiane (peraltro ancora del tutto lontana dal compiersi) il mercato e la concorrenza. Due esigenze che prima ancora che a scongiurare diseconomie e inefficienze sono strumentali a garantire parità di trattamento e pari opportunità tra operatori economici, a tutela degli interessi pubblici e privati. Per ottenere questo risultato è ovvio poi che anche gli operatori economici devono offrire il loro contributo, non ostacolando la sfida del mercato e raccogliendo l'invito ad una maggiore logica cooperativa con i concessionari anche in ragione della necessità di nuovi capitali per gli investimenti infrastrutturali.

La riattivazione e la proroga del termine di disattivazione di centrali nucleari per esigenze ineluttabili di approvvigionamento di energia elettrica al cospetto delle procedure di valutazione ambientale

di Giacomo Nicolucci

Title: Restarting and extension industrial production of electricity at nuclear power station for the objective of ensuring security of the electricity supply in front of Environmental impact assessments

Keywords: Environmental impact assessment; Nuclear power station; Rule of law.

3033

1. – Ai sensi dell'art. 142 della Costituzione belga, qualsiasi “persona che ne abbia interesse” può ricorrere alla Corte costituzionale (detta Corte d'arbitrato sino al 2007; v. F. Angelini, M. Benvenuti, *Belgio*, in R. Bifulco (a cura di), *Ordinamenti federali comparati*, Torino 2012, 386 ss.) al fine di chiederne il relativo sindacato di legittimità su leggi ed atti aventi forza di legge (v. G. Di Plinio, *Prove di federalismo fiscale in un système institutionnel paradoxal: il Belgio tra asimmetrie, conflitti e mediazione costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, 1326). *Inter-Environnement Wallonie ASBL* e *Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL* sono associazioni belghe senza fine di lucro che si occupano di tematiche ambientali, aventi sede rispettivamente a Namur e Bruxelles, ed hanno sollevato dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità della legge del 28 giugno 2015 (pubblicata il 6 luglio 2015), «modifiant la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité afin de garantir la sécurité d'approvisionnement sur le plan énergétique».

Con legge del 2003 erano state vietate la costruzione e l'attivazione di nuove centrali nucleari, e stabilito un calendario di eliminazione progressiva dell'energia nucleare, decidendo la cessazione, su date determinate, dell'attività di produzione industriale di energia elettrica di tutte le centrali (*rectius*, “reattori”) in funzione. A tal fine era stato disposto che le autorizzazioni individuali di esercizio e produzione industriale di energia elettrica avrebbero avuto fine quaranta anni dopo l'attivazione delle singole centrali interessate, lasciando al contempo la possibilità al Re di modificare detto calendario in caso di “minaccia per la sicurezza dell'approvvigionamento del paese”.

Dapprima con la legge del 18 dicembre 2013 e, successivamente, con la legge del 28 giugno 2015, il calendario della eliminazione progressiva dell'energia nucleare, sul

presupposto già enunciato del “dover garantire la sicurezza dell’approvvigionamento dell’energia elettrica” è stato rivisto in modo che «la centrale nucléaire Doel 1 peut à nouveau produire de l’électricité à compter de l’entrée en vigueur de la loi du 28 juin 2015 modifiant la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l’énergie nucléaire à des fins de production industrielle d’électricité afin de garantir la sécurité d’approvisionnement sur le plan énergétique. Elle est désactivée et ne peut plus produire de l’électricité à partir du 15 février 2025. Les autres centrales nucléaires destinées à la production industrielle d’électricité à partir de la fission de combustibles nucléaires, sont désactivées aux dates suivantes et ne peuvent plus produire d’électricité à partir de ces dates: - Doel 3: 1er octobre 2022; - Tihange 2: 1er février 2023; - Doel 4: 1er juillet 2025; - Tihange 3: 1er septembre 2025; - Tihange 1: 1er octobre 2025; - Doel 2: 1er décembre 2025».

I siti di produzione dell’energia nucleare in Belgio sono due: nella Regione fiamminga a Doel e nella Regione vallone a Tihange, per un totale di sette reattori nucleari, ciascuno individuato normativamente come “centrale nucleare” distinta.

In buona sostanza, alla data odierna, il cronoprogramma di denuclearizzazione è stato rinviato di dieci anni, con effetti sul regime delle “autorizzazioni” alla produzione di energia elettrica, sulla produzione di scorie (stimata per 350 mc.) e sull’adeguamento impiantistico necessario.

2. – Con il ricorso alla Corte costituzionale belga, le associazioni ambientaliste in parola hanno osservato che l’adozione di tale ultimo provvedimento legislativo non è stato preceduto dalle valutazioni preliminari imposte dalle Convenzioni di Espoo e Aarhus e dalle direttive VIA, habitat ed uccelli.

La Corte belga, in particolar modo, trovandosi impugnato dinanzi a sé, *in primis*, un atto legislativo, con le ulteriori osservazioni circa il fatto che viene disposta non la costruzione di nuove centrali, ma un rinvio della data della disattivazione e della fine della produzione industriale di energia elettrica, e che l’adozione della legge del 2015 è stata ancorata ad un ipotetico motivo imperativo di rilevante interesse pubblico legato alla sicurezza dell’approvvigionamento di energia elettrica per il paese, ha investito la Corte di giustizia (ex art. 267 TFUE) affinché si esprimesse sulle (otto) questioni pregiudiziali di interpretazione di specifici punti delle Convenzioni di Espoo e Aarhus e delle direttive VIA, habitat ed uccelli. Inoltre, ha richiesto di sapere se: «qualora, in base alle risposte fornite alle suesposte questioni pregiudiziali, il giudice nazionale dovesse concludere che la legge [del 28 giugno 2015] viola uno degli obblighi derivanti dalle Convenzioni o dalle direttive sopra menzionate, senza che la sicurezza dell’approvvigionamento di energia elettrica per il paese possa configurare un motivo imperativo d’interesse generale che consenta di derogare a detti obblighi, se detto giudice possa mantenere gli effetti della legge del 28 giugno 2015 al fine di evitare il prodursi di incertezze di natura giuridica e di consentire che siano soddisfatti gli obblighi relativi alla valutazione dell’impatto ambientale e alla partecipazione del pubblico imposti dalle Convenzioni o dalle direttive sopra menzionate».

La peculiarità anche costruttiva della decisione impone una progressiva lettura esegetica della medesima, giacché hanno particolare rilievo, e vanno messe in luce, non solo le risoluzioni interpretative assunte in punto di diritto, ma anche le valutazioni di merito della controversia ivi sottese, nonché alcuni *obiter dicta* che corroborano e meglio spiegano quelli che poi saranno le sei massime finali delle c.d. “dichiarazioni”.

3. – Dunque, *in primis*, la *Grand chambre* della Corte, invertendo l’ordine del procedere rispetto alle domande pregiudiziali formulate, secondo un non discutibile sillogismo, ha inteso preliminarmente risolvere la questione sollevata con riferimento alla direttiva

VIA (Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati; cfr. anche la Direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che modifica la direttiva 2011/92/UE concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati). Il quesito proposto era il seguente: «se l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), primo trattino, e l'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva VIA debbano essere interpretati nel senso che la ripresa, per un periodo di quasi dieci anni, della produzione industriale di energia elettrica di una centrale nucleare non in funzione, che abbia l'effetto di rinviare di dieci anni la data inizialmente fissata dal legislatore nazionale per la sua disattivazione e la fine della sua attività, e il rinvio, anch'esso di dieci anni, del termine inizialmente previsto da questo medesimo legislatore per la disattivazione e la cessazione della produzione industriale di energia elettrica di una centrale in attività – misure, queste, che implicano lavori di modernizzazione delle centrali interessate – costituiscono un progetto, ai sensi di tale direttiva, e, se del caso, se tali misure e tali lavori debbano essere sottoposti a una valutazione dell'impatto ambientale prima dell'adozione delle suddette misure da parte del legislatore nazionale. Il giudice del rinvio si interroga altresì sulla rilevanza del fatto che l'attuazione delle misure dinanzi ad esso contestate richieda, per una delle due centrali interessate, l'adozione di atti successivi, quali il rilascio di una nuova autorizzazione individuale di produzione di energia elettrica a fini industriali».

Assunto, dunque, che la definizione del termine «*progetto*», contenuta nell'art 1, § 2, lett. a), della direttiva VIA, concerne, “al suo primo trattino”, la realizzazione di lavori di costruzione o di altri impianti od opere e, al suo “secondo trattino”, altri interventi sull'ambiente naturale o sul paesaggio, compresi quelli destinati allo sfruttamento delle risorse del suolo (si veda la pubblicazione del 2015 sull'*Interprétation des définitions des catégories de projets énumérées aux annexes I et II de la directive EIE*, a cura della Commissione europea), la Corte è scesa nel merito della fattispecie, notando “dal fascicolo di cui dispone” che le misure adottate con la legge del 25 giugno 2018 implicano la realizzazione di lavori di ampia portata, per modernizzare e adeguare gli impianti oggetto di proroga agli standard attuali di sicurezza (si tratta della “quarta revisione periodica di sicurezza e di test di resistenza condotti a seguito all'incidente di Fukushima”, di cui poi al Progetto di proposta di direttiva del Consiglio del 13 giugno 2013 volta a modificare la direttiva 2009/71/EURATOM che istituisce un quadro comunitario per la sicurezza nucleare degli impianti nucleari).

Osservano, dunque, i Giudici del Kirchberg che detti lavori (inerenti la modernizzazione delle cupole delle centrali Doel 1 e Doel 2, il rinnovo delle piscine di stoccaggio degli elementi di combustibile esausto, l'installazione di una nuova stazione di pompaggio e l'adeguamento del basamento per meglio proteggere tali centrali dalle inondazioni, importando non solo miglioramenti nelle strutture esistenti ma anche la realizzazione di tre edifici, due dei quali destinati ad ospitare i sistemi di ventilazione e il terzo una struttura antincendio) «sono tali da incidere sulla realtà fisica dei siti interessati». E, sebbene non siano menzionati nella legge del 28 giugno 2015 (ma in un accordo del 30 novembre 2015 sottoscritto tra la società gestrice e proprietaria delle centrali *Electrabel S.A.* e lo Stato del Belgio, con relativo piano di investimenti detto “di ripresa”), essi sono tuttavia strettamente legati alle misure adottate dal legislatore belga: la Corte considera che le misure adottate legislativamente non possono essere artificiosamente separate dai lavori che sono conseguenti in modo inscindibile, al fine di valutare l'esistenza, nella fattispecie, di un “progetto”, ai sensi dell'art. 1, § 2, lett. a), primo trattino, della direttiva VIA (cfr. Corte giust., C-121/11). Nel mentre, la circostanza che l'attuazione di tali misure richieda, per una delle due centrali interessate, l'adozione di atti successivi, come il rilascio di una nuova autorizzazione

individuale di produzione di energia elettrica a fini industriali, è irrilevante ai fini di tale considerazione.

Nulla quaestio, ancora, in ordine al fatto che il “progetto” fattuale che consegue alla disposizione normativa sia da sottoporre alla valutazione d’impatto ambientale, giacché da un lato l’art. 2, § 1, della direttiva VIA richiede che siano comunque sottoposti a valutazione i progetti menzionati all’art. 4 della medesima direttiva, che rinvia a quelli di cui agli allegati I e II della stessa; dall’altro in quanto i progetti che rientrano nell’allegato I di tale direttiva presentano, per loro natura, un rischio di un significativo impatto ambientale e devono essere tassativamente oggetto di una valutazione del loro impatto ambientale. Se, dunque, osserva la Corte, in senso ampio Il punto 2, lett. b), dell’allegato I della direttiva VIA menziona, tra i progetti che l’art. 4, paragrafo 1, della medesima sottopone a una valutazione conformemente agli articoli da 5 a 10 di detta direttiva le centrali nucleari e gli altri reattori nucleari, compreso lo smantellamento o lo smontaggio degli stessi, il prolungare, per un periodo significativo di dieci anni, la durata dell’autorizzazione di produzione di energia elettrica a fini industriali – abbinate ai notevoli lavori di ristrutturazione necessari – devono essere considerate, in termini di rischio di impatto ambientale, di portata comparabile a quella della messa in funzione iniziale di dette centrali, con la conseguenza per cui che tali misure e tali lavori rientrano imprescindibilmente nel punto 24 dell’allegato I della direttiva VIA. Si legge, a tal proposito, nella decisione in commento: «un siffatto progetto presenta, infatti, per sua natura, un rischio di un significativo impatto ambientale, ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 1, di tale direttiva, e deve necessariamente essere sottoposto alla valutazione dell’impatto ambientale in virtù dell’articolo 4, paragrafo 1, di detta direttiva».

Nella stessa parte motiva affrontata dai Giudici del Lussemburgo, appare di preminente importanza anche l’osservazione secondo cui: «dal momento che le centrali Doel 1 e Doel 2 sono situate in prossimità del confine tra il Regno del Belgio e il Regno dei Paesi Bassi, non si può contestare che un simile progetto possa altresì avere effetti significativi sull’ambiente di un altro Stato membro, ai sensi dell’articolo 7, paragrafo 1, della medesima direttiva». Si tratta della c.d. “VIA transfrontaliera”, ribadita come di necessaria attuazione per il caso sottoposto all’attenzione della Grande camera della Corte (affermazione ripetuta per le prescrizioni della Convenzione di Espoo, richiamata al punto 15 dei *consideranda* della direttiva VIA).

Quanto al momento in cui si deve procedere a VIA, la Corte interpreta l’enunciato «*prima del rilascio dell’autorizzazione*» come la fase temporale non già formalmente preordinata alla promanazione dell’assenso procedimentale indispensabile per conferire al committente il diritto di realizzare l’opera, bensì come a quella che individui la possibilità di «valutare tutti gli effetti che il progetto può avere sull’ambiente» (v. Corte giust., 7 gennaio 2004, C-201/02; Id., 28 febbraio 2008, C-2/07, su cui S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell’ambiente*, Milano 2012, 292). Sospingendosi nell’analisi del fatto sottoposto alla sua attenzione, dunque la Grande camera ha ritenuto che se le misure adottate dal legislatore nazionale con la l. 28 giugno 2015 definiscono le caratteristiche essenziali del progetto e non sono più destinate, a priori, ad essere dibattute o discusse, tale legge costituisce a tutti gli effetti un’«autorizzazione, ai sensi dell’articolo 1, paragrafo 2, lettera c), della direttiva in parola, o che, perlomeno, essa costituisca la prima tappa del processo di autorizzazione del progetto in esame, in riferimento alle sue caratteristiche essenziali». Nemmeno, dirà successivamente la Corte, la natura intrinseca di atto legislativo del provvedimento gravato può escludere l’applicazione della direttiva VIA (Corte giust., 18 ottobre 2011, C-128/09, C-131/09, C-134/09, C-135/09; Id., 16 febbraio 2012, C-182-10, commentata da C. Poncelet, *L’arrêt Solvay C/ Région wallonne: la technique de ratification législative des permis devant la Cour de justice*, in *Revue juridique de l’environnement*, 2013/1, 93).

La massima che se ne ricava è la seguente: «la ripresa, per un periodo di quasi dieci anni, della produzione industriale di energia elettrica di una centrale nucleare non in funzione, che abbia l'effetto di rinviare di dieci anni la data inizialmente stabilita dal legislatore nazionale per la sua disattivazione e per la fine della sua attività, e il rinvio, anch'esso di dieci anni, del termine inizialmente previsto da questo medesimo legislatore per la disattivazione e la cessazione della produzione industriale di energia elettrica di una centrale in attività – misure, queste, che implicano lavori di modernizzazione delle centrali interessate tali da incidere sulla realtà fisica dei siti – costituiscono un «progetto», ai sensi di tale direttiva, che deve, in linea di principio, e salvo le verifiche che il giudice del rinvio deve effettuare, essere sottoposto a una valutazione dell'impatto ambientale prima dell'adozione di tali misure». Con il corollario per cui ove l'attuazione di tali misure implichi l'adozione di atti successivi, come il rilascio, per una delle centrali interessate, di una nuova autorizzazione individuale di produzione di energia elettrica a fini industriali, ciò non è determinante, ma i lavori inscindibilmente connessi alle suddette misure vanno sottoposti a valutazione, qualora – secondo la valutazione del giudice del rinvio – la loro natura e i loro potenziali effetti sull'ambiente siano già sufficientemente individuabili.

Tale individuazione del momento temporale della valutazione del progetto è estesa, dalla Corte, anche per quanto previsto dalla “Direttiva Habitat” in materia di valutazione del rischio di incidenza significativa su un sito protetto.

4. – Su queste premesse la Corte entra nella *core area* individuata dal giudice rimettente, e cioè nella valutazione della rilevanza dei motivi connessi “alla sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica dello Stato membro interessato”, se cioè possano costituire un caso eccezionale di esclusione di un progetto specifico dalle disposizioni della direttiva VIA ai sensi dell'art. 2 § 4 della stessa.

In proposito, i Giudici della Grande camera non mancano di ricordare che, ai sensi della disposizione invocata, gli Stati membri che intendono avvalersi di tale esenzione devono: esaminare se sia opportuna un'altra forma di valutazione; mettere a disposizione del pubblico interessato le informazioni ottenute in tale ambito; notiziare la Commissione, prima del rilascio dell'autorizzazione, dei motivi che giustificano l'eccezione concessa e fornire alla stessa le informazioni che essi pongono, eventualmente, a disposizione dei propri cittadini. Accadimenti che la Corte ha rilevato non essere accaduti nel caso in specie, per cui appare inutile rimettere al giudice del rinvio tale valutazione, rimarcando che «tali obblighi non costituiscono mere formalità, bensì condizioni destinate a garantire il rispetto, per quanto possibile, degli obiettivi perseguiti dalla direttiva VIA».

Il principio di diritto applicato al caso deciso appare così formulato: «l'articolo 2, paragrafo 4, della direttiva VIA deve essere interpretato nel senso che esso autorizza uno Stato membro a esentare un progetto come quello di cui trattasi nel procedimento principale da una valutazione dell'impatto ambientale al fine di garantire la sicurezza del suo approvvigionamento di energia elettrica solo nel caso in cui tale Stato membro dimostri che il rischio per la sicurezza di tale approvvigionamento è ragionevolmente probabile e che il progetto in questione presenta un carattere di urgenza tale da giustificare l'assenza di una simile valutazione, e purché siano rispettati gli obblighi di cui all'articolo 2, paragrafo 4, secondo comma, lettere da a) a c), di tale direttiva». Con il corollario per cui tale eventuale esenzione non fa venir meno gli obblighi poco sopra meglio individuati, che incombono allo Stato membro interessato in forza dell'art. 7 della direttiva VIA.

5. – Con riferimento alla direttiva 92/43/CEE “Habitat”, il cui obiettivo è da intendersi come quello di garantire un livello elevato di tutela dell’ambiente per quanto attiene ai siti protetti in forza della stessa (Corte giust. 17 aprile 2018, C-441/17, su cui R. Grzeszczak, M. Muchel, *Provisional measures against EU Member States – an example of the Białowieża Forest*, in *Eastern european journal of transnational relations*, n. 2/2018, 21 ss.; M. Bieńkowska, L. Faszczka, L. Wołyniec, *Movement to Defend the Białowieża—The Problem of the Białowieża Forest Protection as an Example of a Values Conflict: Along the Green Belt*, in J.S. Methi, A. Sergeev, M. Bieńkowska, M. Nikiforova, *Borderology: Cross-disciplinary Insights from the Border Zone*, Cham Springer 2019, 31 ss.), la Corte si sofferma sulle due fasi contemplate dall’art. 6 § 3, che distinguono il primo passaggio, per cui *gli Stati membri effettuano un’opportuna valutazione dell’incidenza di un piano o di un progetto su un sito protetto quando è probabile che tale piano o progetto pregiudichi in maniera significativa detto sito*, dal successivo in forza del quale *una volta effettuata detta opportuna valutazione, l’autorizzazione di un simile piano o progetto è subordinata alla condizione che lo stesso non pregiudichi l’integrità del sito interessato*.

Il tutto appoggiato ad un’adeguata attività istruttoria, quale opportuna valutazione delle incidenze che un piano o un progetto implicano e che, prima dell’approvazione di quest’ultimo, devono essere individuate, tenuto conto delle migliori conoscenze scientifiche in materia, di tutti gli aspetti del piano o progetto di cui trattasi che possano, da soli o congiuntamente ad altri piani o progetti, pregiudicare gli obiettivi di conservazione del sito protetto. La Corte, nel solco tracciato dall’art. 6 § 3 della Direttiva Habitat, meglio precisa che le autorità nazionali competenti autorizzano un’attività solo a condizione che abbiano acquisito la certezza che la stessa sia da ritenersi priva di effetti pregiudizievoli (significativi) per l’integrità di detto sito, e ciò avviene quando non sussiste alcun ragionevole dubbio da un punto di vista scientifico circa l’assenza di tali effetti (*ex multis*, Corte giust., 7 novembre 2018, C-461/17).

Così dato l’*incipit*, richiamando i propri arresti sul punto, la Corte descrive il rapporto tra la valutazione del “progetto” secondo le direttive Habitat e VIA, stabilendo che se un’attività rientra nell’ambito di applicazione della direttiva VIA, essa deve, a fortiori, rientrare nell’ambito di applicazione della direttiva Habitat e, così, che «e un’attività è considerata un progetto, ai sensi della direttiva VIA, essa può costituire un progetto, ai sensi della direttiva Habitat (cfr., fra altre, Corte giust., 7 novembre 2018, C-293/17 e C-294/17).

Quanto all’impatto della direttiva Habitat in ordine ad attività preesistenti rispetto alla sua entrata in vigore, la Corte ha precisato: «il fatto che un’attività periodica sia stata autorizzata in virtù del diritto nazionale prima dell’entrata in vigore della direttiva habitat non costituisce, di per sé, un ostacolo a che siffatta attività possa essere considerata, in occasione di ogni successivo intervento, un progetto distinto ai sensi della direttiva in parola, con il rischio di sottrarre tale attività in maniera permanente a qualsiasi valutazione preventiva del suo impatto sul sito interessato» (Corte giust., 14 gennaio 2010, C-226/08, citata da P. Fois, *Il diritto ambientale dell’unione europea*, in G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino 2017, 89).

E qui di nuovo la *Grand chambre* scivola adeguatamente sulla fattispecie concreta sottoposta al suo esame, ritenendo che sia le misure previste dalla legge sottoposta a scrutinio avanti la Corte costituzionale belga, sia i lavori ineluttabilmente da compiersi, costituiscono un «progetto distinto» da quello originario, soggetto alle regole di valutazione della direttiva Habitat. E, nemmeno per questo profilo normativo di valutazione, la natura legislativa del provvedimento-progetto può costituire causa di esenzione dalla procedura ambientale.

Di poi, assunto che l'esigenza di un'opportuna valutazione dell'incidenza di un piano o di un progetto di cui all'art. 6, § 3, della direttiva Habitat è subordinata alla condizione che sussista una probabilità o un rischio che sia pregiudicato significativamente il sito interessato, e tenuto conto, in particolare, del principio di precauzione - per cui si ritiene che un siffatto rischio sussista in quanto non si possa escludere, sulla base delle migliori conoscenze scientifiche in materia, che il piano o il progetto possa pregiudicare gli obiettivi di conservazione di tale sito - la valutazione del rischio va effettuata in particolare alla luce delle caratteristiche e delle condizioni ambientali specifiche del sito interessato da tale piano o progetto (Corte giust., 17 aprile 2018, C-441/17 cit.). Ration per cui, tenuto conto in punto di mero fatto che le centrali, situate sulle rive dello Schelda, si trovano in prossimità di zone protette, ai sensi della direttiva habitat e della direttiva uccelli, e in diritto che la circostanza che un progetto sia situato all'esterno di una zona Natura 2000 non dispensa dai requisiti enunciati all'art. 6, § 3, della direttiva habitat, non si può prescindere dall'affermazione secondo la quale il progetto *de quo*, a causa della portata dei lavori che esso implica e a causa della durata del prolungamento dell'attività di produzione industriale di energia elettrica delle due centrali, rischia palesemente di compromettere gli obiettivi di conservazione di siti protetti situati in prossimità, se non altro per le modalità stesse di funzionamento di tali centrali, con gli ingenti prelievi e riversamenti di masse d'acqua a carico del vicino fiume per le esigenze di raffreddamento, e anche per l'esistenza del rischio di incidente grave che esso comporta (cfr. già Corte giust., 10 gennaio 2006, C-98/03; Id., 26 aprile 2017, C-142/16).

5. – Anche con riferimento alla direttiva Habitat (*ex multis*, M. Prieur, *La tutela comunitaria degli habitat naturali* e F. Haumont, *Il recepimento della Direttiva Habitat negli Stati membri dell'Unione europea*, in D. Amirante (a cura di), *La conservazione della natura in Europa. La Direttiva Habitat ed il processo di costruzione della rete "Natura 2000"*, Milano 2003; C.-H. Born, A. Cliquet - H. Schoukens, D. Misonne, G. Van Hoorick, *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context: European Nature's Best Hope?*, Abingdon, 2017) la Corte ha dovuto valutare la rilevanza dell'obiettivo di uno Stato membro di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento dell'energia elettrica come motivo imperativo di interesse pubblico rilevante. E ciò diversamente da quanto stabilito dalla direttiva VIA in quanto la direttiva Habitat, contempla eccezioni molto rassomiglianti dal punto di vista semantico.

Vi è, infatti, che ai sensi dell'art. 6, § 4, primo comma, della direttiva Habitat, nel caso in cui, nonostante conclusioni negative della valutazione effettuata, un piano o un progetto debba tuttavia essere realizzato per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, e in mancanza di soluzioni alternative, lo Stato membro adotta ogni misura compensativa necessaria per garantire che la coerenza globale di Natura 2000 sia tutelata. Inoltre, qualora nel sito interessato si trovino un tipo di habitat naturale o una specie prioritari, l'art. 6, § 4, secondo comma, della medesima direttiva ammette che possano essere addotte soltanto considerazioni connesse con la salute dell'uomo e la sicurezza pubblica o relative a conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente ovvero, previo parere della Commissione, altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico. Per ciò, ritiene la Corte che spetterebbe al giudice del rinvio «verificare se gli studi e le audizioni effettuati nell'ambito della procedura di adozione delle misure in quesitone nel procedimento principale abbiano dato luogo a conclusioni negative, poiché, se così non è stato, non vi sarebbe luogo di applicare l'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva habitat».

Quest'ultima considerazione non ha impedito, tuttavia, un'analisi immediata della questione, giacché se da un lato, osservano i Giudici del Kirchberg, «l'articolo 194,

paragrafo 1, lettera b), TFUE individua la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione europea come uno degli obiettivi fondamentali della politica dell'Unione nel settore dell'energia» (si veda Corte giust., 7 settembre 2016, C-121/15, commentata in L. Hancher, A. De Hauteclocque, F.M. Salerno, *State Aid and the Energy Sector*, Oxford, 2018, 511), dall'altro vi è che nel caso in cui nel sito protetto sul quale può incidere un progetto si trovino un tipo di habitat naturale o una specie prioritari, ai sensi della direttiva habitat, soltanto la necessità di scongiurare una minaccia grave ed effettiva di interruzione dell'approvvigionamento di energia elettrica dello Stato membro interessato è tale da costituire, in circostanze come quelle di cui trattassi nel procedimento principale, un motivo di sicurezza pubblica che può, in forza dell'art. 6, § 4, secondo comma, di tale direttiva, giustificare la realizzazione del progetto.

L'interpretazione che ne viene è così sintetizzata: «l'articolo 6, paragrafo 4, primo comma, della direttiva habitat deve essere interpretato nel senso che l'obiettivo di assicurare, in ogni momento, la sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica di uno Stato membro costituisce un motivo imperativo di rilevante interesse pubblico, ai sensi di tale disposizione. L'articolo 6, paragrafo 4, secondo comma, di tale direttiva deve essere interpretato nel senso che, nel caso in cui nel sito protetto sul quale può incidere un progetto si trovino un tipo di habitat naturale o una specie prioritari, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, solo la necessità di scongiurare una minaccia grave ed effettiva di interruzione dell'approvvigionamento di energia elettrica dello Stato membro interessato è idonea a costituire, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, un motivo di sicurezza pubblica ai sensi di tale disposizione».

3040

6. – L'ultima questione affrontata dalla Corte risponde al quesito del giudice del rinvio che chiede se il diritto dell'Unione può consentire a un giudice nazionale di mantenere gli effetti di misure come quelle assunte nel provvedimento gravato, per il tempo necessario a porre rimedio alla loro eventuale illegittimità alla luce delle direttive Via e Habitat.

E, dapprima, i Giudici del Kirchberg sottolineano come né la direttiva VIA né la direttiva habitat precisano le conseguenze da trarre in caso di violazione degli obblighi che esse prescrivono, con l'effetto per cui gli Stati membri sono tenuti a rimuovere le conseguenze illecite di tale violazione del diritto dell'Unione (adottando, nell'ambito delle loro competenze, tutti i provvedimenti necessari per rimediare all'omissione della valutazione dell'impatto ambientale; cfr. B. Mameli, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino 2017, 150, in part. nt. 86); quindi precisano che tale obbligo incombe altresì sui giudici nazionali investiti di un ricorso contro un atto nazionale che reca con sé la violazione delle direttive VIA e Habitat.

Purtuttavia, la Corte richiama la propria giurisprudenza (Corte giust., 26 luglio 2017, C-196/16 e C-197/16; si veda anche Corte giust., 28 febbraio 2018, C-117/17 sulla quale si rimanda alla pubblicazione a cura dell'Ufficio studi del Consiglio di Stato, *La Corte di giustizia UE detta ulteriori condizioni in tema di c.d. V.I.A. postuma*, 2018) secondo la quale il diritto dell'Unione non osta a che le norme nazionali consentano, in taluni casi, di regolarizzare operazioni o atti irregolari, purché siffatta possibilità di regolarizzazione sia subordinata alla condizione di non offrire agli interessati l'occasione di eludere le norme di diritto dell'Unione o di disapplicarle e rimanga eccezionale. Invero, solo la Corte stessa può, «eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto (cfr. Corte giust., 15 giugno 1978, C-149/77), concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione rispetto a norme di diritto interno con essa in contrasto»:

se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con il diritto dell'Unione, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione.

Applicata tale esegesi sul caso in esame, la massima individuata appare la seguente: «il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale può, se il diritto interno lo consente, eccezionalmente mantenere gli effetti di misure come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, che siano state adottate in violazione degli obblighi sanciti dalle direttive VIA e habitat, qualora tale mantenimento sia giustificato da considerazioni imperative connesse alla necessità di scongiurare una minaccia grave ed effettiva di interruzione dell'approvvigionamento di energia elettrica dello Stato membro interessato, cui non si potrebbe far fronte mediante altri mezzi e alternative, in particolare nell'ambito del mercato interno. Detto mantenimento può coprire soltanto il lasso di tempo strettamente necessario per porre rimedio a tale illegittimità» (per un primo commento su tale statuizione, A. Circolo, *“La disapplicazione del primato”: le eccezioni della Corte di giustizia all'efficacia prevalente del diritto dell'Unione sul diritto interno. Note a margine della pronuncia InterEnvironnement Wallonie II*, in *dUE*, 11/2019).

7. – In esito a tale doverosa esegesi, è dapprima necessario notare l'opportuna portata *erga omnes* dell'interpretazione del diritto UE (su tale caratteristica, per l'ordinamento giuridico italiano: cfr. Corte cost., sent. 19 aprile 1985 n. 113 e 11 luglio 1989 n. 389; Cass., sent. 28 marzo 1997 n. 2787 e 3 ottobre 1997 n. 9653) resa al cospetto di una fattispecie assolutamente peculiare, non considerata all'atto dell'emanazione dei provvedimenti sottoposti a scrutinio e non agevolmente arguibile sulla base di una mera interpretazione letterale dei testi legislativi invocati, ma determinabile solo sotto il profilo della teleologia normativa dell'Unione europea, come progressivamente dipanata dalla giurisprudenza della Corte stessa. A tal fine le (sei) dichiarazioni rese corrispondono adeguatamente alla funzione di interpretazione demandata dall'art. 267 TFUE.

Quel che appare distonico, ma probabilmente imprescindibile, è che gli stessi Giudici del Kirchberg, come detto, si sono appropriati di diversi profili di valutazione di merito della fattispecie, vincolando di fatto, con non molte *chance* di autonomia, la Corte costituzionale belga, quasi come se lo scrutinio demandatogli dalle associazioni ricorrenti sulla legge del 28 giugno 2015 sia stato avvocato dalla stessa Corte di giustizia; o, diversamente, come se il giudizio svolto avesse avuto l'intento di produrre effetti non molto diversi da quelli scaturenti da una sentenza ex art. 258 TFUE all'esito di una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione.

La *querelle* è stata già posta in dottrina e vista (meglio: risolta) sotto un'altra prospettiva: le statuizioni in punto di mero fatto costituirebbero degli *obiter dicta* in forza dei quali la «Cour a entendu protéger le renvoi préjudiciel par le manquement»: «par ce dialogue qu'il permet, le renvoi préjudiciel n'est pas seulement un instrument au service de l'ordre juridique, il est aussi un marqueur de son identité en tant qu'ordre juridique en réseau» (H. Gaudin, *Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne, clé d'un ordre juridique en réseau?*, in *Revue générale du droit on line*, 2019, n. 49151). Si tratterebbe, cioè, di sconfinamenti sul fatto preposti a corroborare l'argomentazione dell'interpretazione resa. Ed è il fine ultimo che rileva, nel senso che «la technique de la question préjudicielle ne permet pas seulement d'assurer une application uniforme du droit communautaire sur le territoire de la Communauté. Elle constitue également un moyen efficace de mettre en évidence la contrariété au sein des Etats membres entre certaines normes nationales et la norme communautaire» (M.-O. Pâris, *Le renvoi préjudiciel en interprétation. Lien entre le juge national et le juge*

communautaire, in M. De Wolf, R. Wezenbeek, L.-M. Henrion, M.-O. Pâris, J.-F. Bellis, J. Mahlherbe, *Le juge de commerce face au droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, 2019, 101) senza che per ciò venga meno la forma e l'efficacia tipica delle statuizioni della Corte ex art. 267 TFUE.

In questo senso appare appropriata l'affermazione di Koen Lenaerts (in K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, 6), secondo cui «in complement to the important role played by the national courts, the Union judicature has a two-fold task in connection with the system of legal remedies set down by the Treaties. In the first place, it is responsible for enforcing all the rules of Union law. As a result, it affords protection against any act or failure to act on the part of national authorities and persons which offends against such provisions. In this respect, Union law acts as a 'sword' for safeguarding the rights deriving from that law and hence this implicates certain types of actions and procedures which ensure that the Member States comply with their obligations under the Treaties».

Uso effettivo del marchio e motivo legittimo al suo non utilizzo

di Cristina Ottonello

Title: The genuine use of the mark and the proper reason for non- use

Keywords: Genuine use; Proper reason for non-use; Use of the mark in a clinical trial.

1. – Con sentenza pronunciata il 3 luglio 2019 (causa C-668/17, Viridis Pharmaceutical LTD contro Hecht-Pharma GmbH), la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a valutare, ai sensi degli articoli 15, paragrafo 1 e 51, paragrafo 1, lettera a) del Regolamento 2007/2009, la correttezza dell'interpretazione, fornita dal Tribunale dell'Unione europea, delle nozioni di "uso effettivo" di un marchio e "motivo legittimo al suo non utilizzo".

3043

La vicenda ha tratto origine dalla richiesta di registrazione, come marchio dell'Unione europea, del segno denominativo 'Boswelan', presentata, dalla società farmaceutica Viridis, all'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO).

Successivamente alla pubblicazione della richiesta sul Bollettino dei marchi comunitari, altra società farmaceutica, la Hecht Pharma, ha presentato domanda di decadenza del marchio, stante che, a dire di quest'ultima, la Viridis non aveva fatto uso del marchio registrato per un periodo, ininterrotto, di 5 anni. Tale richiesta è stata accolta dall'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO).

Il 6 novembre 2014, la Viridis ha impugnato la decisione nanti la Commissione di ricorso dell'EUIPO che ha respinto la domanda dell'attrice, confermando la decadenza della Viridis dai suoi diritti per tutti i prodotti registrati.

La Commissione, infatti, ha ritenuto che non sussistesse "l'uso effettivo del marchio", cui all'art. 15 del citato Regolamento, stante che la Viridis non aveva mai commercializzato i prodotti per i quali aveva chiesto la registrazione ed aveva impiegato gli stessi solo in fase di sperimentazione.

Al pari, non erano state fornite, e non sussistevano, prove tali da giustificare che il mancato utilizzo dei beni fosse dipeso da fattori estranei ed indipendenti alla volontà della Viridis.

Tale decisione è stata confermata anche dal Tribunale dell'Unione europea.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, adita in sede di impugnazione, in ossequio alla sua consolidata giurisprudenza, ha ribadito la portata interpretativa di "uso effettivo del marchio" e quello di "motivo legittimo al suo mancato utilizzo".

Quanto alla nozione di "uso effettivo del marchio", il Tribunale, secondo l'interpretazione contestata da Viridis, aveva ritenuto sussistesse soltanto nell'ipotesi

in cui al prodotto fosse stata concessa un'autorizzazione all'immissione in commercio.

La Viridis, al contrario, aveva affermato che l'"uso effettivo" avrebbe dovuto essere valutato in concreto e avrebbe potuto sussistere anche in caso di impiego minimo del bene, come nell'ipotesi di vendita ad un unico cliente, senza necessità di ulteriore pubblicità presso il pubblico.

In ragione di ciò, anche l'utilizzo del marchio in sede di sperimentazione clinica del farmaco, avrebbe dovuto integrare la nozione di "uso effettivo" del prodotto e non essere considerato atto preparatorio, di natura meramente interna.

La società ricorrente lamentava, inoltre, la non corretta interpretazione dell'articolo 51, paragrafo 1, lettera a) del Regolamento 207/2009, dal momento che il Tribunale dell'Unione europea aveva escluso anche la sussistenza di un motivo legittimo per il mancato utilizzo del marchio contestato.

Secondo il giudice di merito, infatti, l'omesso impiego del marchio era da addebitarsi esclusivamente alla Viridis che aveva prematuramente registrato il medicinale quando era ancora in fase di sperimentazione.

La Corte, dopo aver rammentato che la funzione dell'uso effettivo del marchio è quella di garantire l'identità di origine dei prodotti e dei servizi per i quali è stato registrato, ha precisato che tale requisito impone la commercializzazione del bene sul mercato e non un suo impiego esclusivo interno all'impresa. Questo perché, diversamente, il marchio, non contribuirebbe a creare uno sbocco dei beni sul mercato né a distinguerli da quelli di un'altra società.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, nel confermare l'esattezza dell'interpretazione fornita dal Tribunale dell'Unione europea, si è conformata a quanto già affermato in diverse decisioni, quali ad esempio, *Ansul BV v. Ajax Brandbeveiliging BV*, causa C-40/01 e *Silberquelle GmbH/Maselli Strickmode GmbH*, causa C-495/07.

Nella prima decisione, la Corte di giustizia dell'Unione europea si era pronunciata sul rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi, in ordine alla nozione di "uso effettivo del marchio", ai sensi dell'art. 12 della Direttiva del Consiglio n. 89/104/CEE.

La vertenza aveva tratto origine dal ricorso promosso dalla società Ajax avverso la *Ansul* affinché quest'ultima fosse dichiarata decaduta dai diritti correlati alla registrazione del marchio *Minimax*, stante il suo protratto inutilizzo.

La Corte, così come nel caso in esame, aveva precisato che l'"uso effettivo del marchio" imponeva un impiego dello stesso sul mercato e non solo all'interno dell'impresa interessata e, nel verificare tale requisito, il giudice avrebbe dovuto tenere in considerazione tutti i fatti e le circostanze che avrebbero potuto provare la realtà del suo sfruttamento commerciale.

Pertanto, ricorrendo a tale nozione, la Corte, nel successivo caso *Silberquelle*, ha ritenuto che l'apposizione del marchio, da parte di un imprenditore, su oggetti offerti gratuitamente ad acquirenti dei suoi prodotti, non costituisse "uso effettivo del marchio".

Infine, la decisione in commento, si conforma ai precedenti giurisprudenziali anche in ordine alla nozione di "motivo legittimo al non uso del marchio" registrato.

Nel caso *Naazneen/UAMI*, causa C-252/15, infatti, la Corte aveva dichiarato che l'impossibilità di commercializzare il marchio, da parte del soggetto che ne aveva chiesto la tutela, doveva essere indipendente da qualsiasi scelta imprenditoriale del titolare del diritto.

In conclusione, senza discostarsi dal suo consolidato orientamento, nel caso specifico, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto pacifica l'interpretazione degli articoli 15, paragrafo 1 e 51, paragrafo 1, lettera a) del Regolamento 207/2009, così come fornita dal Tribunale dell'Unione europea.

Infermità mentale, misure di sicurezza personale e garanzie del processo

di Andrea Perelli

Title: Mental Illness, Personal Security Measure and Process Guarantees

Keywords: Mental illness; Personal Security Measure; Process Guarantees.

1. – La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con sentenza del 19 settembre 2019 — resa nella causa C-467/2018 — si è occupata del rinvio pregiudiziale operato dal giudice nazionale bulgaro.

Il giudice *a quo* si interrogava circa la compatibilità eurounitaria della normativa nazionale attinente alla procedura volta a ordinare il ricovero psichiatrico coatto di un soggetto che abbia tenuto una condotta costituente reato, pur trovandosi in stato di incapacità di intendere e di volere per vizio totale di mente.

3045

2. – Il 26 agosto 2015 veniva rinvenuto — in Bulgaria — il corpo senza vita di una donna; le indagini consentivano alla Polizia Giudiziaria di appurare che il responsabile del fatto era il figlio della stessa, al quale in data 12 settembre 2015 il Tribunale Distrettuale di Lom applicava la misura di sicurezza provvisoria del ricovero coatto in un ospedale psichiatrico giudiziario per il periodo di sei mesi. Tale decisione veniva rinnovata fino alla decisione del ricorso. Il fondamento giuridico della stessa era rappresentato dalla Legge sulla Sanità. Tale normativa (artt. 155 ss.) disciplinano una procedura particolare che consente di ordinare, per via giudiziaria, il ricovero coatto in contesto sanitario di una persona affetta da una malattia mentale e che cagione di tale infermità costituisca un pericolo per la propria salute o per quella dei terzi.

Per quanto d'interesse, i periti diagnosticavano al ricorrente una forma di schizofrenia paranoide, che lo rendeva incapace di partecipare al processo. Alla luce di siffatta conclusione, con ordinanza del 7 luglio 2016, il Pubblico Ministero di Montana (Bulgaria) archiviava il procedimento penale e tale ordinanza non era notificata all'interessato. Il 29 dicembre 2017, la Procura di Sofia disponeva la riapertura del procedimento a carico dell'indagato e prevedeva il ricovero coatto di EP sulla base della citata Legge sulla sanità. Il 1 marzo 2018 il procedimento a carico di EP veniva archiviato con ordinanza. Il pubblico ministero concludeva nel senso della necessità di disporre misure mediche coercitive poiché l'uomo aveva commesso un fatto costituente reato in stato di non imputabilità. Tale ordinanza veniva notificata alla figlia della vittima. In mancanza di qualsiasi ricorso proposto entro i termini, suddetta ordinanza è divenuta definitiva il 10 marzo 2018.

Pertanto, la Procura della Repubblica del distretto di Lom adiva il giudice del rinvio, il Tribunale distrettuale di Lukovit, proponendo una domanda di ricovero psichiatrico coatto di EP, sulla base degli articoli 427 e seguenti del codice di procedura penale. Tali disposizioni — nella versione in vigore al momento dei fatti — prevedevano una procedura speciale, con la quale il giudice, su proposta del Pubblico Ministero, poteva imporre a chi avesse commesso un atto socialmente pericoloso, in stato di demenza, misure mediche coercitive.

In particolare, l'art. 427 c.p.p. bulgaro disponeva:

- “(1) Il pubblico ministero distrettuale fa una proposta diretta all'applicazione di misure mediche coercitive, (...).
- (2) Prima di presentare la proposta, il pubblico ministero ordina una perizia e incarica l'autorità competente dell'istruzione di chiarire il comportamento della persona prima e dopo la commissione dell'atto e valutare se la persona rappresenti un pericolo per la società”.

Gli artt. da 428 a 491 c.p.p. dispongono che la proposta del pubblico ministero è esaminata dal Tribunale distrettuale del luogo di residenza della persona interessata, il quale si pronuncia, dopo un'udienza, con ordinanza in composizione monocratica, soggetta a impugnazione.

Il giudice *a quo* dubita della conformità delle disposizioni nazionali che disciplinano il ricovero coatto di malati mentali in ambiente medico, con i diritti garantiti dalle direttive 2012/13, 2013/48 e 2016/343, nonché dalla Carta. Tali dubbi riguardano principalmente gli artt. 427 ss. c.p.p. bulgaro ed il procedimento penale speciale che essi stabiliscono, idoneo a concludersi con il ricovero psichiatrico coatto di una persona che costituisca un pericolo per la società. Investono anche le disposizioni della legge sulla sanità, in quanto la procedura in esse prevista consente, anch'essa, il ricovero coatto di una persona, a titolo preventivo, qualora sussistano motivi per ritenere che, tenuto conto del suo stato di salute, quest'ultima possa commettere un reato.

Il giudice del rinvio indica infatti che EP non è mai stato interrogato nel corso dell'istruttoria e che l'avvio di un procedimento penale nei suoi confronti non gli è stato notificato. Inoltre non è stato sottoposto a indagini preliminari e non gli è stata garantita l'assistenza di un avvocato. Egli non ha potuto esperire alcun ricorso giurisdizionale contro le conclusioni di diritto o di fatto del pubblico ministero.

Pertanto, il giudice del rinvio considera che il diritto nazionale non consente al giudice di controllare se, nel corso dell'inchiesta iniziale, il soggetto considerato come autore dei fatti abbia potuto disporre delle garanzie procedurali minime per l'esercizio dei diritti della difesa; si interroga, in particolare, sulla compatibilità di una siffatta normativa con gli artt. 47 e 48, § 2, della Carta.

Infine il giudice si chiede, inoltre, se il procedimento a carico *de quo* rientri nell'ambito di applicazione delle direttive citate. In caso affermativo, ritiene che, qualora la Corte giungesse alla conclusione secondo cui il procedimento penale speciale previsto agli artt. 427 ss. c.p.p. non garantisce un diritto a un ricorso effettivo, dovrebbe trovare applicazione, per analogia, il procedimento penale ordinario.

3. – La Corte ha trattato congiuntamente la prima, la terza questione e la quarta questione, con cui è stato chiesto se le direttive 2012/13 e 2013/48 si applichino anche alle procedura nazionale bulgara — che consente l'applicazione in via di urgenza del ricovero coatto in ospedale psichiatrico giudiziario nei confronti di coloro che abbiano commesso reati mentre si trovavano affetti da vizio totale di mente, a cagione di una patologia psichiatrica in grado di obliterarne la capacità d'intendere e di volere — ed in

caso affermativo da quale momento il soggetto debba essere avvisato dei diritti che le sono riconosciuti dalla direttiva 2012/13.

Tali direttive hanno lo scopo comune di definire i diritti minimi di indagati o imputati nell'ambito dei procedimenti penali; in particolare, tali diritti derivano direttamente dagli articoli 6, 47 e 48 della Carta.

A mente dei rispettivi artt. 2 di ciascuna direttiva — che hanno un contenuto pressoché sovrapponibile — esse si applicano dal momento in cui le autorità statali rendono edotta la persona del proprio *status* di indagato/imputato e sino alla fine del procedimento.

È ben vero che nessuna delle due direttive contiene un espresso riferimento ai procedimenti di ricovero coatto in ospedale psichiatrico giudiziario, tuttavia è scorretto pensare che siffatta procedura esuli dall'ambito di applicazione delle medesime per il solo fatto di non contemplare l'applicazione di una pena. A riguardo la Corte accoglie l'impostazione proposta dall'Avvocato Generale a mente della quale un procedimento può definirsi penale al ricorrere dei seguenti requisiti:

- 1) diano luogo ad una misura privativa della libertà personale
- 2) tale misura sia giustificata — almeno in parte — da motivi inerenti la tutela della sicurezza della collettività rispetto ad una persona che — a cagione del proprio stato di salute mentale al momento della commissione del fatto — non debba essere sottoposta da una sanzione penale vera e propria.

L'art. 6 della Carta viene interpretato — ai sensi dell'art. 52 § 3 della Carta — come avente la medesima portata dell'art. 5 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU (sentenza del 12 febbraio 2019, TC, C-492/18).

Le citate disposizioni non possono essere interpretate in modo da escludere dal loro ambito di applicazione una procedura giudiziaria che consenta di ordinare il ricovero psichiatrico coatto di una persona che, al termine di un procedimento penale anteriore, sia stata considerata autore di fatti costitutivi di un reato. Tale interpretazione risulta avvalorata dalla volontà del legislatore euronunitario, che — nelle citate direttive — ha imposto una particolare attenzione a che le informazioni *de quibus* siano fornite anche ai soggetti potenzialmente fragili, tra i quali rientrano gli alienati mentali, che a causa delle proprie patologie rischiano di non comprendere appieno il significato degli avvisi di cui sono destinatari.

Assodato che il diritto all'informazione di matrice euronunitaria si applica anche alla procedura di cui agli artt. 427 ss. c.p.p. bulgaro, la Corte ritiene che “*le persone sospettate di aver commesso un reato devono essere informate dei loro diritti il più rapidamente possibile dal momento in cui i sospetti di cui sono oggetto giustificano, in un contesto diverso dall'urgenza, che le autorità competenti limitino la loro libertà mediante provvedimenti coercitivi e, al più tardi, antecedentemente al loro primo interrogatorio da parte della polizia*” (punto 53 del Considerando in diritto della sentenza in commento).

4. — La seconda e la settima questione vengono analizzate congiuntamente, dal momento che con le stesse il giudice del rinvio chiede se il diritto a un ricorso effettivo garantito dall'art. 47 della Carta, dall'art. 8, § 2, della direttiva 2012/13 e dall'art. 12 della direttiva 2013/48, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede una procedura che autorizza, per motivi terapeutici e di sicurezza, il ricovero psichiatrico coatto di persone che, in stato di demenza, hanno commesso atti che costituiscono un pericolo per la società, poiché tale normativa non consente al giudice competente di verificare che i diritti procedurali previsti da tali direttive siano stati rispettati nel corso di procedimenti precedenti a quello di cui detto giudice è investito, non sottoposti a un siffatto controllo giurisdizionale.

Gli artt. 8, § 2, e 12 citati vengono interpretati dalla Corte — alla luce della loro natura precisa ed incondizionata e del diritto ad un ricorso effettivo, di cui all'art. 47 della Carta — nel senso che ostano a qualsiasi misura nazionale che ostacoli l'esercizio di mezzi di ricorso effettivi in caso di violazione dei diritti tutelati da tali direttive.

Inoltre, la costante giurisprudenza della Corte (Sentenza del 7 agosto 2018, *Smith*, C-122/17, e *ivi* giurisprudenza citata) ritiene che l'obbligo sussistente in capo agli Stati membri di raggiungere gli obiettivi consacrati nelle direttive e — dunque — di adottare tutti i provvedimenti generali e particolari, atti a garantire il raggiungimento di siffatto risultato (art. 4 § 3 TUE e art. 238 TFUE) grava su tutti gli organi statali, non escluso — per quanto di competenza — l'organo giurisdizionale. In particolare, il principio d'interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino, prendendo in considerazione il diritto nazionale nel proprio complesso e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione e di pervenire a una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultimo (Sentenze del 5 ottobre 2004, *Pfeiffer e a.*, da C-397/01 a C-403/01 e Sentenza dell'8 maggio 2019, *Praxair MRC*, C-486/18, e *ivi* giurisprudenza citata).

Il Giudice nazionale ha rappresentato che l'ordinamento bulgaro è privo di una procedura che consenta una verifica giudiziale circa la regolarità del procedimento anteriore alla richiesta di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario (ai sensi degli artt. 427 ss. c.p.p.), tuttavia potrebbe trovare applicazione per analogia il procedimento penale ordinario, che consentirebbe di svolgere siffatto controllo.

Pertanto, i parametri normativi di cui alla questione pregiudiziale seconda e settima devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che impedisca al giudice della procedura tesa ad applicare, per motivi terapeutici e di sicurezza, il ricovero psichiatrico coatto di persone che, in stato di demenza, abbiano commesso atti che costituiscono un pericolo per la società di verificare che i diritti procedurali previsti da tali direttive siano stati rispettati nel corso di procedimenti prodromici sottratti al controllo giurisdizionale.

3048

5. — In merito alla quinta questione — attinente alla compatibilità della procedura di ricovero coatto in ospedale psichiatrico giudiziario, ai sensi degli artt. 155 ss. della Legge sulla sanità, con la direttiva 2016/343 e con l'art. 6 della Carta — la Corte rileva che gli artt. 1 e 2 della direttiva in questione limitano la stessa ai soli procedimenti penali; la procedura oggetto del giudizio ha natura eminentemente terapeutica, sicché — qualora la stessa non sia agganciata ad un procedimento penale — ricade al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva 2016/343. Inoltre, nessun atto del fascicolo processuale consente di ritenere che una procedura di ricovero psichiatrico coatto a fini terapeutici, come quella *de qua*, costituisca un'attuazione del diritto dell'Unione e, conformemente all'art. 51, § 1, della Carta, che i diritti fondamentali garantiti da quest'ultima debbano essere rispettati dallo Stato membro in questione in sede di applicazione di una tale procedura. Pertanto, né la citata direttiva né l'art. 51 § 1 della Carta si applicano alla procedura di cui agli artt. 155 ss. della Legge sulla sanità di cui trattasi.

6. — Infine, in relazione alla sesta questione pregiudiziale, la Corte osserva che la direttiva 343/2016 è pacificamente applicabile *ratione temporis* al procedimento *a quo*; occorre dunque stabilire se la presunzione di innocenza — consacrata nell'art. 3 della medesima direttiva — imponga, nell'ambito di una procedura di ricovero come quella nazionale, che il pubblico ministero fornisca la prova che la persona di cui è richiesto il ricovero coatto è l'autore degli atti che si reputano costituire un siffatto pericolo.

La procedura nazionale oggetto del giudizio ha un duplice scopo, infatti da un lato è determinata da motivi terapeutici (attinenti alla cura dei riscontrati problemi di natura psichiatrica), dall'altro è determinata da motivi di garanzia (attinenti alla protezione della collettività e della persona stessa rispetto a condotte che potrebbero essere causate da siffatti disturbi). Orbene, siffatta duplice finalità, in uno con il rilievo per cui tale procedura si risolve in una limitazione della libertà personale sono elementi che impongono di ritenere che alla stessa si applichi le direttive n. 343/2016 (alla luce di quanto deciso in relazione alle direttive n. 2012/13 e 2013/48), atteso che la procedura in questione ha — in definitiva — finalità penale.

L'art. 3 della direttiva 343/2016 consacra il principio di innocenza ed il successivo art. 6 pone in capo al Pubblico Ministero la prova della colpevolezza dell'imputato o — nel caso di specie — la prova della concorrenza di tutti i requisiti necessari all'attivazione della procedura di ricovero coatto psichiatrico. Tali elementi possono essere provati anche *per relationem* con quanto già statuito all'esito di un procedimento penale conclusosi; sarà il giudice del procedimento relativo al ricovero coatto psichiatrico a dover verificare che il precedente procedimento penale sia stato condotto nel pieno rispetto di quanto statuito dalle direttive 2012/13 e 2013/48.

La Corte ritiene pertanto che il principio della presunzione di innocenza, di cui all'art. 3 della direttiva 2016/343, deve essere interpretato nel senso che esso esige — nell'ambito di una procedura giudiziaria di ricovero psichiatrico coatto, per motivi terapeutici e di sicurezza, di persone che, in stato di non imputabilità a cagione di un vizio totale di mente, abbiano commesso atti che costituiscono un pericolo per la società, come quella di cui trattasi nel procedimento principale — che il pubblico ministero fornisca la prova che la persona di cui è richiesto il ricovero coatto è l'autore degli atti che si reputano costituire un siffatto pericolo.

7. – La decisione in commento — nella sua non semplice articolazione — offre alcuni spunti di riflessione interessanti.

In primo luogo, emerge la centralità della presunzione di innocenza, dal momento che per l'applicazione di una misura di sicurezza personale di natura detentiva (ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario) a carico di chi abbia commesso un fatto costituente reato in stato di non imputabilità a cagione di un vizio totale di mente, occorre che il pubblico ministero fornisca prova della commissione di tale fatto da parte dell'indagato incapace; in altri termini spetta alla parte pubblica il superamento della presunzione d'innocenza.

In secondo luogo, tale prova può essere fornita solamente all'interno di un processo penale, in merito all'avvio del quale l'indagato deve essere tempestivamente informato in modo chiaro e comprensibile, con un'informativa che elenchi anche i diritti dei quali lo stesso gode (tra i molti, l'assistenza di un difensore ed il diritto al silenzio) e che deve essere fornita in modo tempestivo e comunque prima del compimento del primo interrogatorio del destinatario da parte degli inquirenti.

In terzo luogo, tali diritti debbono essere garantiti quali obiettivi minimi da ciascuno Stato membro ed incombe quindi sui singoli poteri degli Stati stessi l'individuazione delle misure atte a garantire l'effettività di siffatti diritti. Tale obbligo si spinge fino ad imporre al potere giudiziario di interpretare analogicamente le norme processuali nazionali, ove le stesse offrano garanzia del raggiungimento del risultato.

Infine, il compendio di garanzie testé individuato non si applica quando la procedura di ricovero coatto rimanga del tutto estranea ad un procedimento di natura penale, ossia quando le ragioni del ricovero siano differenti rispetto alla pericolosità sociale emersa dal compimento di un fatto che oggettivamente integra la fattispecie penale.

8. – Dal punto di vista comparatistico giova osservare — in conclusione — che la normativa italiana in merito all'applicazione delle misure di sicurezza personali — come consacrata dal vigente codice di procedura penale — appare pienamente rispettosa dell'impianto qui descritto. Anzitutto, essa discende sempre da un procedimento penale nel quale all'indagato vengono forniti i citati avvisi; in secondo luogo, l'applicazione di misure di sicurezza — siano esse provvisorie o definitive — è sempre disposta — su richiesta della Procura della Repubblica — da un giudice terzo ed imparziale e l'applicazione delle misure di sicurezza definitive consegue sempre ad un processo penale vero e proprio (non potendo essere disposta in sede di archiviazione del Giudice per le indagini preliminari, come si evince dal combinato disposto degli artt. 408 e 411 c.p.p., che non contemplano l'ipotesi di proscioglimento per non imputabilità dell'imputato tra le ipotesi di archiviazione), sicché — da un lato — incombe sempre sulla Procura della Repubblica l'obbligo di fornire la prova della commissione del fatto da parte dell'indagato/imputato e della sua specifica ed attuale pericolosità sociale (come disposto dall'art. 202 c.p.) ed — in secondo luogo — non si rende necessaria un'interpretazione analogica delle norme processuali italiane.

Il principio di precauzione e i pareri dell'EFSA come strumenti normativi contro l'incertezza scientifica: note a margine della decisione della Corte di Giustizia sul caso Xylella

di Simone Pitto

Title: Precautionary principle and EFSA scientific opinions as normative tools to face scientific incertitude: brief remarks on CGUE ruling on the Xylella emergency

Keywords: Xylella; EFSA; Precautionary principle; Biodiversity.

1. – L'emergenza causata dal diffondersi della Xylella Fastidiosa (di seguito anche "XF") nel Sud Italia, ha suscitato un ampio dibattito, anche a livello mediatico e messo alla prova la capacità delle istituzioni nazionali e soprattutto regionali di fronteggiare una complessa emergenza ambientale con significativi risvolti economici, vista l'importanza della produzione di olive e derivati nelle aree coinvolte.

Le misure adottate dalle autorità italiane per fronteggiare la predetta emergenza, invero, sono state ritenute insufficienti dapprima da parte della Commissione europea ed in seguito dalla stessa Corte di Giustizia con la sentenza in commento. Ad esito del ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione, in particolare, i giudici lussemburghesi hanno dichiarato il venir meno dell'Italia all'obbligo previsto dal dell'articolo 7, paragrafo 2, lettera c), della decisione di esecuzione (UE) 2015/789 della Commissione, del 18 maggio 2015, a causa, fra l'altro, della mancata rimozione immediata delle piante d'olivo malate e dell'omesso monitoraggio dell'andamento dell'infezione.

2. – Come noto la Xylella Fastidiosa è il batterio considerato tra le cause principali di varie fitopatologie (in particolare la c.d. "CoDiRO - complesso di disseccamento degli olivi") originariamente diffuse nell'America latina e da alcuni anni riscontrate anche in Europa. Tali fitopatologie ed in particolare la CoDiRo, hanno colpito massicciamente gli olivi del Salento, causando il rapido disseccamento e quindi la morte di migliaia di piante.

La vicenda nella quale si colloca la decisione della Corte è complessa, sia dal punto di vista normativo sia per le conseguenze politiche ed i rapporti tra gli enti pubblici coinvolti ed è altresì risalente, trovando origine già nel 2014. In tale anno la Commissione europea, in vista dell'allarmante diffusione dell'epidemia negli oliveti della provincia di Lecce, aveva adottato due diverse decisioni di esecuzione, n.

2014/87/UE del 13 febbraio 2014 e n. 2014/497/UE con le quali aveva vietato “lo spostamento” delle piante infette dalla provincia di Lecce ed intimato allo Stato italiano di adottare misure immediate ed ispezioni per evitare la proliferazione dell’epidemia nel territorio dell’Unione.

Con le successive decisioni di esecuzione nn. 2015/789 e 2015/2417, inoltre, la Commissione, preso atto dell’emergere di nuovi focolai di XF in Puglia, imponeva di stabilire una “zona delimitata”, inclusiva di una zona isolata e di una zona c.d. “cuscinetto”, al fine di limitare il pericolo di contagio ad altre piante sane.

Veniva altresì imposto l’abbattimento immediato delle piante ospiti del batterio nel raggio di 100 metri dalle stesse, a prescindere dal relativo stato di salute. Dagli studi scientifici a disposizione, infatti, è risultato che la malattia si diffondeva per il tramite di insetti vettori, fra cui le cicale, i quali di norma si spostano di circa 100 metri in 12 giorni (cfr. pag. 10 della sentenza).

Oltre all’abbattimento delle piante infette, l’art. 7, par. 7 della decisione di esecuzione n. 2015/789 della Commissione, in seguito modificata dalla decisione di esecuzione 2016/764, imponeva all’Italia di adottare un sistema di monitoraggio annuale circa lo stato di diffusione della Xylella.

3. – Prima di entrare nel merito della sentenza, pare opportuno soffermarsi brevemente sulla base normativa delle decisioni di esecuzione adottate dalla Commissione, nonché sull’ampio dibattito nella comunità scientifica che ha accompagnato la vicenda Xylella, rimasto sullo sfondo di una forte contrapposizione giudiziaria oltre che politica, specie a livello regionale.

Le predette decisioni d’esecuzione della Commissione, infatti, furono adottate in base alla direttiva CE n. 2000/29, relativa alle misure di protezione contro l’introduzione nella Comunità di organismi nocivi ai vegetali o ai prodotti vegetali e contro la loro diffusione nella Comunità.

Ai sensi dell’art. 16 della direttiva, in particolare, a seguito della notifica da parte degli Stati membri della presenza di organismi nocivi nel proprio territorio, la Commissione adotta le misure necessarie allo scopo di garantire l’applicazione corretta ed uniforme della direttiva e ridurre il potenziale pregiudizio causato dagli organismi patogeni.

La prima comunicazione dell’Italia alla Commissione circa la presenza della XF risale all’ottobre del 2013. In tale occasione, la regione Puglia comunicava l’adozione di misure d’emergenza per la prevenzione e l’arresto della diffusione della XF, rilevando l’assenza di contaminazione nelle province di Brindisi e Taranto. Fino a quel momento, dunque, l’epidemia risultava confinata all’area della provincia di Lecce.

La Commissione, dopo aver emanato le decisioni di esecuzione citate al paragrafo precedente, già nel dicembre 2015, aveva inviato una lettera di diffida all’Italia lamentando la mancata rimozione totale delle piante infette e l’omissione di controlli effettivi sullo stato della diffusione dell’infezione.

A margine della dialettica tra la Commissione e l’Italia, si colloca la decisione del Tribunale amministrativo del Lazio, che nel febbraio 2016, nell’ambito di un contenzioso promosso da alcuni coltivatori pugliesi, contro le misure statali (segnatamente il Decreto del MIPAAF il 19 giugno 2015, n. 218) e regionali attuative degli obblighi eurounitari, aveva sospeso in via cautelare l’abbattimento e proposto un rinvio pregiudiziale di validità ex art. 267 TFUE incentrato sull’art. 6, par. 2, lett. a) della decisione di esecuzione 2015/789. Si trattava, in particolare, della disposizione che prevedeva l’abbattimento di tutte le piante site in un raggio di 100 m dalla zona di confinamento delle piante infette, a prescindere dallo stato di salute delle prime.

Detta disposizione aveva suscitato un aspro dibattito, specialmente a livello regionale, laddove imponeva l'abbattimento di un numero significativo di piante, spesso del tutto sane, al fine di contenere la diffusione della malattia.

In tale occasione, la Corte di Giustizia richiama (come anche aveva fatto la Commissione) il parere del 6 gennaio 2015 redatto dall'EFSA – European Food Safety Agency il quale indicava nella Xylella trasportata dall'insetto vettore la causa principale delle fitopatologie che avevano colpito gli olivi pugliesi (ravvisando, *recte*, una correlazione significativa tra il batterio e la fitopatologia) e ribadiva come l'eradicazione fosse una misura del tutto necessaria a scongiurare la diffusione dell'epidemia su scala europea.

Sulla base del parere dell'EFSA, dunque, la Corte, operando con procedura "accelerata" ex art. 23-bis dello Statuto, con sentenza resa nelle cause riunite C-78/16 e C-79/16 del 9 giugno 2016, *Giovanni Pesce e a.*, riconosceva la legittimità delle misure adottate dalla Commissione, motivate fra l'altro dal rispetto del principio di precauzione, fulcro dell'azione eurolunitaria in caso di rischi di tipo ambientale e fitosanitario.

Il principio di precauzione, assume in particolare, un ruolo cruciale nel contesto giuridico di diritto ambientale e dell'alimentazione a livello europeo, specialmente nel caso di incertezza scientifica.

Anche con riguardo al caso Xylella, infatti, era sorto nella comunità scientifica un ampio ed acceso dibattito circa le concause dell'insorgenza dell'epidemia, non unanimemente ricondotte alla sola Xylella. Tale incertezza scientifica, invero, aveva portato a precise prese di posizione di amministratori locali e personalità politiche regionali contro l'abbattimento delle piante, in accoglimento delle censure dei coltivatori.

L'importanza del principio di precauzione, come ricordato dalla CGUE in tale prima occasione, risiede dunque nel fatto che esso giustificava l'adozione di misure di gestione del rischio o altri interventi volti a garantire un livello elevato di tutela della salute tutte le volte in cui vi sia evidenza anche di un mero rischio di pregiudizio per la diffusione di agenti nocivi per le piante o la salute umana (si vedano per un altro importante caso di operatività del principio di precauzione in tema alimentare le sentenze 13 settembre 2017, causa C-111/16, *Giorgio Fidenato e a.* e 8 settembre 2011, causa C-58/10 - *Monsanto e a.*).

Nel caso Xylella, in particolare, il contributo offerto dal parere scientifico dell'EFSA ha avuto in tale prima decisione importanza precipua, accanto al principio di proporzionalità (di cui il primo rappresenta un corollario come espresso dal Tribunale dell'Unione europea del 3 marzo 2010, *Artegodan/Commissione* causa T-429/05) nella deliberazione della validità delle misure adottate dalla Commissione europea, contribuendo alla dissipazione dei dubbi presenti nella comunità scientifica, fonte di ritardi nell'adozione di misure di protezione immediate.

4. – Con la sentenza in commento, la Corte si trova a verificare, a circa 5 anni dallo scoppio dell'emergenza Xylella in Puglia l'operato delle autorità nazionali e regionali italiane per il contenimento del batterio, vagliandone la conformità rispetto alle decisioni di esecuzione emanate.

Come anticipato, alle lettere di messa in mora è seguito il parere motivato del 14 luglio 2017 della Commissione che reiterava gli addebiti a titolo di inadempimento da parte dell'Italia dell'articolo 7, paragrafo 2, lettera c), della decisione di esecuzione n. 2015/789 e contestava altresì la violazione dell'articolo 6, paragrafi 3 e 9 nonché l'articolo 7, paragrafi 2, 3 e 7, della decisione di esecuzione 2015/789 per violazione dell'obbligo di assicurare il campionamento e il monitoraggio della diffusione del batterio entro un raggio di 100 m attorno alle piante infette. La Commissione intimava,

infine, all'Italia l'adozione di un intervento immediato contro la diffusione della malattia, in virtù della registrazione di casi di infezione anche nella zona di contenimento e nella zona c.d. cuscinetto.

A fronte della ritenuta mancata adozione di misure adeguate, la Commissione proponeva dunque ricorso per inadempimento nei confronti dell'Italia con due ordini di censure: in primo luogo, si opponeva la violazione dell'articolo 7, paragrafo 2, lettera c), della decisione di esecuzione 2015/789, per la mancata rimozione immediata delle piante infettate dalla XF. Le autorità italiane, in particolare, avrebbero abbattuto solo il 78% delle piante malate, lasciando per mesi gli altri olivi già individuati come infetti anche nel periodo di volo degli insetti vettori, così contribuendo alla possibile diffusione dell'epidemia su altre piante sane.

In secondo luogo, la Commissione imputava all'Italia la violazione dell'art. 7, paragrafo 7, della decisione di esecuzione 2015/789, non avendo questa effettuato il campionamento delle piante e monitorato la presenza dell'infezione della fascia di 20 km dalla zona di contenimento, così impedendo l'individuazione dei nuovi ceppi infetti e la valutazione dell'efficacia delle misure adottate.

Da ultimo, la Commissione europea riconosceva nelle reiterate mancanze attribuite all'Italia, i presupposti per dichiarare il costante e generale inadempimento agli obblighi derivanti dalla decisione di esecuzione 2015/789, in violazione dei principi di cui alla direttiva 2000/29 nonché del principio di legale cooperazione affermato dall'art. 4 TFUE.

5. – Quanto alla prima questione, la Corte di Giustizia, ricostruisce il comportamento tenuto dall'Italia con una valutazione che, in virtù della giurisprudenza consolidata della Corte, va effettuata in relazione alla situazione riscontrabile alla scadenza del termine di adempimento indicato dalla Commissione (la Corte cita un altro caso nei confronti dell'Italia deciso con sentenza del 21 marzo 2019, Commissione/Italia, C-498/17).

La Corte premette in primo luogo, la mancata contestazione di alcune circostanze poste a fondamento del ricorso della Commissione ed in particolare, il mancato abbattimento di circa il 20% delle piante infette e la tardività dell'abbattimento, avvenuto dopo molti mesi, per i restanti alberi.

In secondo luogo, viene posto l'accento sul dato temporale per valutare l'adeguatezza della condotta: l'art. 7 par. 2 della decisione, infatti, imponeva che le misure indicate venissero adottate "immediatamente", essendo, per contro, incompatibile con la norma un'attesa di diversi mesi.

A fortiori, la Corte richiama alcune considerazioni riportate nei pareri dell'EFSA e segnatamente il sopra citato parere del 6 gennaio 2015 ed il successivo parere del 17 marzo 2016, i quali indicano uno spostamento medio dell'insetto vettore della XY di circa 100 metri in soli 12 giorni, deducendo da tale lasso temporale ridotto la necessità di un intervento immediato per evitare la diffusione.

Solo una rimozione immediata, in particolare, avrebbe consentito di garantire la finalità perseguita dalla direttiva CE 2000/29, vale a dire la prevenzione della diffusione dell'agente patogeno XF, che a sua volta risultava funzionale a proteggere l'agricoltura dell'Unione rispetto alla minaccia di fitopatologie prodotte da organismi provenienti da Stati terzi.

A giustificazione della propria condotta e del ritardo nelle operazioni di abbattimento, peraltro, l'Italia aveva invocato la presenza di ostacoli amministrativi e pratici, in virtù delle difficoltà della notifica dei provvedimenti di abbattimento (molti terreni si trovavano in stato di degrado e non sempre erano noti i proprietari) e del contenzioso amministrativo promosso contro detti provvedimenti, fra cui quello

pendente nanti il Tar Lazio sopra richiamato. La Corte tuttavia, ha rigettato tale argomento, in virtù del principio dell'irrilevanza delle situazioni giuridiche interne, ai fini della valutazione dell'inosservanza degli obblighi eurounitari, nonché nel merito, rilevando che nulla impediva al Governo di adottare misure d'emergenza più rapide alla stregua di quanto fatto nel 2015.

La prima censura mossa dalla Commissione veniva, dunque, accolta dalla Corte di Giustizia, che passava dunque ad esaminare la seconda questione.

6. – La Commissione, addebitava all'Italia anche la violazione dell'art. 7, par. 7 della decisione di esecuzione 2015/789 per l'omesso monitoraggio della presenza della Xylella nella fascia di 20 km della zona di contenimento, creata per scongiurare il diffondersi del batterio sulle piante sane ed evitare l'abbattimento di ulteriori olivi. La decisione imponeva, in particolare, di ispezionare, con cadenza annuale e nella stagione adeguata, lo stato di avanzamento della diffusione del batterio, per verificare possibili sospetti di nuove infezioni.

L'Italia affermava di aver iniziato il monitoraggio nell'agosto del 2016 ritenendo tale periodo ottimale per riscontrare i primi sintomi dell'infezione nelle piante. Per contro – argomenta la Corte – la previsione delle attività di ispezione tra l'agosto 2016 ed il maggio 2017, non risultava adeguata dal punto di vista della tempistica di svolgimento dei controlli, da concludersi prima dell'inizio della primavera così da poter rimuovere in tempo utile gli olivi colpiti dall'infezione, come del resto indicato nei sopra richiamati pareri scientifici dell'EFSA.

La Corte accoglieva, dunque, anche la seconda censura della Commissione.

7. – L'ultima delle censure mosse riguardava, infine, la presenza di un costante e generale inadempimento da parte dell'Italia alle misure eurounitarie in tema di prevenzione e gestione dell'emergenza fitosanitaria Xylella. Al riguardo, la Corte richiamava la propria giurisprudenza (in particolare le sentenze 26 aprile 2005, Commissione/Irlanda, C-494/01, e 2 dicembre 2014, Commissione/Italia, C-196/13) affermando che una prassi amministrativa di uno Stato membro può essa stessa costituire l'oggetto di una procedura di inadempimento laddove la contrarietà al diritto dell'Unione di tale prassi risulti costante e generalizzata. In tal caso, l'onere di allegare e provare la persistente violazione della normativa eurounitaria spetta peraltro alla Commissione.

Proprio con riguardo all'omesso assolvimento dell'onere probatorio della Commissione, la Corte ha respinto la terza censura mossa all'Italia. Ed infatti, ad avviso dei giudici lussemburghesi, non è stata fornita la prova né della violazione ripetuta degli obblighi di cui all'art. 6, paragrafi 2, 7 e 9 della decisione di esecuzione 2015/789, né del fatto che la diffusione della XF fosse unicamente imputabile alla violazione degli obblighi incombenti sull'Italia, non potendosi escludere il concorso di circostanze differenti.

In altre parole, la Corte sembra aver riscontrato l'assenza di prova di un nesso di causalità tra la violazione e la maggiore diffusione della XF, circostanza che comporta il rigetto della censura ove impedisce di dichiarare la violazione della direttiva n. 2000/29 nonché del principio di leale cooperazione.

8. – La sentenza in commento offre alcuni spunti di riflessione in merito al tema dell'incidenza dell'incertezza scientifica e dei problemi che essa comporta a livello normativo, contribuendo ad acuire le difficoltà dell'attuazione del diritto europeo a

livello nazionale e, soprattutto, agli strumenti giuridici di cui è provvisto il diritto eurounitario per fare fronte a tale incertezza.

Sotto un primo profilo, un elemento da mettere in luce nella vicenda Xylella, riguarda senz'altro il ruolo svolto dai pareri dell'EFSA quale strumento per dissipare l'incertezza scientifica venutasi a creare intorno alle cause di insorgenza della patologia degli ulivi pugliesi. Un'incertezza che, come riconosciuto dalle autorità italiane, aveva contribuito al ritardo nell'adozione di provvedimenti immediati, nonché ad una forte contestazione degli stessi da parte della società civile. Con i propri pareri del 6 gennaio 2015 e del 17 marzo 2016, infatti, l'Autorità ha riconosciuto la presenza di una sufficiente evidenza scientifica sia della trasmissione della malattia tramite la cicala quale insetto vettore (con le conseguenti indicazioni per le misure di prevenzione), sia con riguardo alla necessità di abbattere gli alberi infetti quale unica misura idonea a ridurre il rischio di propagazione della fitopatologia.

Tali pareri hanno avuto ampio risalto anche nella motivazione della sentenza in commento, nella quale la Corte di Giustizia ha più volte utilizzato i dati ivi indicati per valutare se le misure poste in essere dall'Italia fossero idonee a limitare la diffusione della XF (cfr. in particolare punto 24 della sentenza).

Giova rilevare peraltro che il riferimento ai pareri dell'EFSA nella motivazione delle decisioni della Corte, appare ricorrente specie in controversie caratterizzate da forte contrapposizione nella comunità scientifica, come dimostra il citato caso deciso con sentenza 13 settembre 2017, causa C-111/16, *Giorgio Fidenato e a.*, avente ad oggetto la tematica degli OGM.

Una volta accertata con sufficiente evidenza scientifica la presenza di un potenziale rischio, il principio di precauzione, possiamo affermare, svolge il resto del lavoro: esso, infatti, in materie caratterizzate da una particolare incidenza del dato tecnico-scientifico come il diritto ambientale e il diritto dell'alimentazione, «*costituisce un meccanismo per determinare misure di gestione del rischio o altri interventi volti a garantire il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità*» (cfr. considerando n. 21 del Regolamento 2002/178/CE).

In altre parole, tale principio consente di adottare, in ogni caso, tutte le misure necessarie in presenza di un accertato rischio per la salute ovvero – come nel caso di specie – per evitare il diffondersi di fitopatologie nocive per le piante. Ciò anche senza dover attendere che siano dimostrate al di là di ogni dubbio l'effettiva esistenza e la gravità del predetto rischio per la salute (cfr. sentenza del 17 ottobre 2013, *Schaible*, C-101/12).

Nel caso della Xylella Fastidiosa, invero, nonostante le resistenze riscontrate a livello regionale, la Corte aveva già avuto modo di affermare con la sentenza resa nelle cause riunite C-78/16 e C-79/16 del 9 giugno 2016, *Giovanni Pesce e a.*, come l'abbattimento delle piante (incluse quelle sane) rappresentasse una misura imposta dal principio di precauzione per evitare il propagarsi dell'epidemia.

Sotto tale profilo, dunque, il principio di precauzione rappresenta lo strumento giuridico di riferimento per la gestione dei rischi (anche con riguardo all'attuazione degli obblighi eurounitari negli Stati membri), specie in quelle fattispecie in cui risulti particolarmente difficile la determinazione certa di un rischio in ragione di risultati scientifici non omogenei o comunque non definitivi.

La decisione in commento, con l'accertamento della negligente gestione dell'emergenza da parte delle amministrazioni pubbliche chiamate a contenere l'epidemia, potrebbe, peraltro, avere significative ripercussioni sull'esito dei procedimenti in corso promossi dai coltivatori degli oliveti colpiti nei confronti della Regione Puglia e di alcuni amministratori locali, anche in vista della diffusione della Xylella riscontrata in tempi recenti in altre regioni italiane.

La *feed-in tariff* in UE: la Corte afferma la “non obbligatorietà” dei regimi di sostegno nella promozione delle energie rinnovabili

di Carolina Regali Costa Do Amaral

Title: The UE's feed-in tariff: the "non-mandatory" of support schemes in the promotion of renewable energy

Keywords: Energy from renewable sources; Government incentive rates; International commercial arbitrations.

1. – La sentenza in commento riannoda i fili della giurisprudenza sul tema dei regimi di sostegno nel campo dell'energia derivante da fonti rinnovabili. La Corte del Lussemburgo dopo un florilegio di pronunce volte a valorizzare la concessione di risorse statali, quando atte a incentivare l'uso delle rinnovabili in Europa, ora pare riconoscere l'esigenza di acuire le agevolazioni sino ad ora elargite dagli stati membri, determinando così un'importante inversione di tendenza capace di riconoscere ai Governi la possibilità di ridurre, o perfino sopprimere, le tariffe incentivanti.

La decisione della Corte di Giustizia è stata presa nell'ambito della controversia sollevata da due imprese italiane contro il Ministero dello Sviluppo Economico poiché tra il 2011 e il 2012 le stesse si sono viste precluse la possibilità di fruire di una tariffa incentivante particolarmente vantaggiosa. Invero, ai sensi dall'articolo 1, comma 2, del decreto ministeriale del 5 maggio 2011 (in proseguo “Quarto conto energia”) era previsto che il GSE applicasse una tariffa vantaggiosa per l'energia prodotta al proprietario di un impianto fotovoltaico in presenza di determinati requisiti. In particolare le ricorrenti lamentano l'esclusione dalla tariffa incentivante più vantaggiosa a causa dell'inaspettato passaggio dal Quarto al Quinto Conto energia, il quale ha notevolmente ridotto gli incentivi alla produzione di energie rinnovabili.

I giudici europei, in linea con quanto previsto dal Dlgs n. 28/2011 il quale recepisce la direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, ribadiscono che l'incentivo previsto dall'articolo 1 comma 2 del Quarto Conto non è diretto all'universalità degli operatori economici del settore e che lo stesso non è nemmeno garantito per un periodo specifico ma, al contrario, la sua applicazione dipende da due condizioni: l'iscrizione dell'impianto nel registro aperto dal GSE e il mancato superamento del limite del costo cumulato degli incentivi del periodo precedente. La Corte, dopo aver riconosciuto che detto limite, di circa 6 miliardi di Euro per l'anno 2011-2012, era stato anticipatamente raggiunto già nel marzo 2012,

comportando anche la mancata apertura dell'apposito registro, ha ritenuto idonea e giustificata l'adozione del Quinto Conto energia dal parte del Ministero.

L'iter argomentativo che ha condotto la Corte a giustificare l'esaurimento delle risorse statali porta con sé alcuni interrogativi utili a comprendere non solo l'ampiezza dell'elasticità concessa ad uno Stato nel variare il regime di incentivazione delle rinnovabili, ma soprattutto se le modifiche adottate che hanno operato la revisione del Quarto Conto Energia possano ritenersi giustificate. Di fatto, la Corte ha dichiarato che, come emerge dalla formulazione stessa dell'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28 e, in particolare dal termine «possono», gli Stati membri non sono affatto obbligati ad adottare regimi di sostegno, al fine di promuovere l'uso dell'energia da fonti rinnovabili. Ed è proprio questa la principale questione pregiudiziale che il Consiglio di Stato italiano (Sezione Quarta), non definitivamente pronunciandosi sull'appello, rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea: la legittimità del Governo italiano di disporre, con successivi decreti attuativi la riduzione o, financo, l'azzeramento delle tariffe incentivanti in precedenza stabilite.

2. – La direttiva 2009/28/CE è un elemento centrale della politica dell'Unione in materia di promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili. La stessa, adottata mediante codecisione il 23 aprile 2009, recante abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, ha stabilito che entro il 2020 il 20% del consumo energetico dell'UE deve obbligatoriamente provenire da Fonti di Energia Rinnovabili (in prosieguo FER) e ha altresì introdotto i diversi meccanismi attraverso cui gli Stati membri possono raggiungere i propri obiettivi: regimi di sostegno, progetti comuni, cooperazione tra Stati membri.

Nel novembre 2013 la Commissione ha fornito orientamenti sui regimi di sostegno delle energie rinnovabili, nonché sul ricorso a meccanismi di cooperazione per raggiungere gli obiettivi ad un costo inferiore. In particolare, gli Stati membri possono collaborare attraverso trasferimenti statistici. Questi si caratterizzano perché permettono agli Stati membri che hanno raggiunto una quota di energia rinnovabile superiore rispetto al proprio obiettivo, di trasferire l'eccedenza ad un altro Stato membro. Attualmente esistono due accordi per avvalersi di tali trasferimenti: tra Lussemburgo e Lituania e tra Lussemburgo ed Estonia, ove in entrambi i casi è il Lussemburgo a ricevere trasferimenti statistici per tutto il periodo 2018-2020. Sempre nel 2013 la Commissione ha anche annunciato una revisione completa delle sovvenzioni che gli Stati membri erano autorizzati ad offrire al settore delle energie rinnovabili, preferendo le gare d'appalto, i premi di riacquisto e i contingenti obbligatori alle tariffe di riacquisto comunemente utilizzate; queste ultime al centro del dibattito anche nella sentenza in commento (cfr. COM(2013)7243final, Comunicazione della Commissione del 5 novembre 2013 *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico*; nonché *Navigant 2019: Technical assistance in realisation of the 4th report on progress of renewable energy in the EU, final report*).

La configurazione del nuovo quadro per i regimi di sostegno alle energie rinnovabili è stata resa possibile grazie anche alla "Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020". Quest'ultima infatti, ha contribuito a condurre l'Unione europea molto prossima al traguardo fissato per il 2020 vantando già nel 2017 una quota del 17,52% di energia derivante da FER. Inoltre, nel 2016 a fronte degli ottimi risultati raggiunti, la Commissione ha pubblicato una proposta di revisione della direttiva 2009/28/CE successivamente convertita nella direttiva 2018/2001/UE. La stessa è volta a rendere l'UE un leader mondiale nel campo delle FER attraverso un obiettivo vincolante, esteso a tutta l'Unione europea, il quale prevede che entro il 2030 il 32% dell'energia prodotta provenga da FER (cfr.

COM(2019)225final, Comunicazione della Commissione del 9 aprile 2019, *Relazione sull'avanzamento dei lavori in materia di energie rinnovabili*; COM(2016)0860final, Comunicazione della Commissione del 30 novembre 2016, *Energia pulita per tutti gli europei*).

3. – Le rinnovabili svolgono un ruolo significativo nella decarbonizzazione e nel 2016 hanno contribuito ad evitare l'emissione di oltre 450 milioni di tonnellate di CO₂ nell'atmosfera (più delle emissioni di gas serra totali prodotte dall'Italia nel 2016). Il principale strumento di politica energetica utilizzato in Europa, ma non solo, nel settore del fotovoltaico è il sistema del *feed-in tariff*, il quale va ad agire sulle leggi di mercato dal lato della domanda. Il *feed-in tariff* assicura un valore di incentivo fisso e certo per ogni kWh prodotto. Per le energie rinnovabili, lo Stato stabilisce per un certo numero di anni un prezzo fisso superiore a quello di mercato (20anni per il fotovoltaico in Italia), dove la maggiorazione funge da incentivo per gli operatori economici a investire nello sviluppo di tecnologie innovative e verdi. "Si tratta del sistema più diffuso in tutta Europa, il quale, per la sua semplicità, ha in genere supportato bene lo sviluppo delle energie pulite" spiega Carlo Durante consigliere di Aper (Associazione produttori energia da fonti rinnovabili). Tale sistema è stato adottato, tra gli altri, anche da Germania, Francia, Spagna, Portogallo e Repubblica Ceca, oltre che negli Stati Uniti e in Cina, dove sono state impiegate anche forme di esenzione fiscale (cfr. *The European Environment Agency's-EEA Report N. 20/2018*)

Il sistema *feed-in tariff*, peraltro chiamato in causa nella sentenza in commento, è stato adottato in Italia con la legge 24 Dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), successivamente modificata con legge 23 luglio 2009 n. 99, e nel nostro Paese tale impianto è amministrato e garantito dal Gestore dei servizi energetici (GSE). Il *feed-in tariff* si è dimostrato uno strumento efficace, poiché capace di garantire i risultati auspicati nel presente ma con la consapevolezza che la valorizzazione dell'energia da fonti rinnovabili in futuro dovrà essere lasciata alle regole del libero mercato.

Come emerge dall'ultima comunicazione della Commissione del 2019 "sull'avanzamento dei lavori in materia di energie rinnovabili", 11 Paesi su 28 hanno superato gli obiettivi fissati per il 2020 in tema di rinnovabili. La Svezia è il Paese con la più alta percentuale di consumi coperti da rinnovabili, la quale ha superato il proprio target con il 54,5% di energia proveniente da FER. Risultato che passa in secondo piano se si pensa che il peso del Paese in termini di consumi complessivi nell'EU28 è pari al 3%.

La Germania a sua volta è il Paese che contribuisce maggiormente sia ai consumi complessivi della UE28 con il 19,5% sia agli impieghi di FER pari al 17% (dati estrapolati dal rapporto *Eurostat*, ultimo aggiornamento del 28 agosto 2019).

L'Italia invece, ha una posizione di rilievo poiché è il primo tra i Paesi con consumi complessivi rilevanti ad aver raggiunto il proprio obiettivo. In particolare, in Italia le FER hanno coperto il 34,1% della produzione elettrica, il 20,1% dei consumi termici e, applicando criteri di calcolo definiti dalla Direttiva 2009/28/CE, il 6,5% dei consumi nel settore dei trasporti. Tuttavia, la differenza tra l'Italia e altri paesi europei è ancora notevole. Oggi in Germania e in Spagna l'eolico ha una capacità installata rispettivamente pari a 27.000 Mw e 17.000 Mw contro i 6.000 Mw dell'Italia. Tale differenza è dovuta al fatto che il nostro paese sconta ritardi a causa della complessità delle procedure burocratiche, infatti, in Germania per avviare un parco eolico-fotovoltaico servono circa due anni mentre nella penisola italiana ne servono in media sei (cfr. Rapporto del GSE sullo stato della produzione di energia da fonti rinnovabili 2018, pp. 24-176).

Inoltre, la capacità di alcuni Stati membri di conseguire gli obiettivi nazionali vincolanti stabiliti dalla Direttiva 2009/28/CE, e successivamente dalla Direttiva 2018/2001/UE, dipende ancora in larga misura dall'aumento dei livelli della domanda di energia, infatti, per Belgio, Francia, Lussemburgo e Polonia, le politiche in atto e le iniziative programmate in materia di rinnovabili appaiono ancora insufficienti ad attivare i volumi necessari a livello nazionale (sul punto si veda M. Zaccaria, *La nuova direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili*, in *Rivista di diritto agrario*, ISSN 0391-8696, Anno 98, Fasc. 1, 2019, pp. 137-167).

La scelta degli strumenti per la promozione delle energie rinnovabili gioca un ruolo cruciale per il successo degli Stati membri nel settore delle energie sostenibili. Come innanzi detto lo strumento prediletto da molti Governi è quello delle tariffe incentivanti ma ciononostante ci sono Paesi, come l'Austria, che usano una combinazione di diverse misure come: i programmi di sovvenzione, i prestiti agevolati, le agevolazioni fiscali, le esenzioni da imposte sull'energia, ecc., ciò è dovuto al fatto che in alcuni paesi federali, come Belgio e Austria, la programmazione delle politiche sulle rinnovabili è molto complessa. Basti pensare che in Austria, i nove Länder presentano nove diversi decreti, con circa 100 tariffe incentivanti differenti su tutto il territorio. Benché i meccanismi di sostegno del prezzo dell'energia abbiano riscontrato un notevole successo in paesi come Germania, Spagna o Danimarca, non si presuppone una superiorità "naturale" di tale strumento rispetto ad altri. È noto, infatti, che in altri paesi, le stesse misure, non hanno condotto al medesimo successo. Ad esempio, la Grecia, la quale utilizza un sistema di immissione in rete per l'energia eolica con contratti di acquisto garantiti per periodi più lunghi rispetto a quelli spagnoli (10 anni i primi e 5 i secondi), un'opzione di rinnovo automatico e un livello di remunerazione dell'energia paragonabile a quello spagnolo, raggiunge solo una piccola parte della capacità installata in Germania o Spagna; l'esiguo risultato pare essere determinato da diversi fattori contingenti. Invero, in Grecia si registrano non poche condizioni di fondo negative, tra le quali: gli elevati ostacoli amministrativi relativi all'autorizzazione per le costruzioni, un forte effetto NIMBY (*Not In My Back Yard*) e una capacità limitata della rete di trasmissione di energia.

Al contrario, il successo della Germania nel settore delle rinnovabili si fonda, tra gli altri, anche sui risultati raggiunti grazie alla *feed-in tariff* e non a caso il modello tedesco di *feed-in-tariff* è servito da archetipo alle legislazioni di oltre 80 paesi del mondo, compresa la Cina. In origine, a fine anni ottanta, a seguito della crescente preoccupazione per l'effetto serra, la Germania ha varato una serie di misure volte alla creazione di mercati dediti alla produzione di nuove energie, sino al 2000 quando è entrata in vigore la prima *Erneuerbare Energien Gesetz- EEG* (*feed-in tariff* tedesca); quest'ultima istituita con lo scopo di sostenere lo sviluppo del mercato delle energie rinnovabili. Odiernamente le principali caratteristiche dell'EEG includono: un accesso prioritario alla rete elettrica per le *Renewable Energy* (RE); un prezzo fisso per i produttori di energia per ogni kWh prodotto da RE per un periodo fisso; vengono presi in considerazione tutti i diversi tipi di RE e le tariffe sono differenziate per fonte e dimensioni dell'impianto e l'anno di messa in funzione dell'impianto e la tariffa fissa viene ridotta dal governo sulla base degli sviluppi del mercato. Inoltre, la *Revised Renewable Energy Sources Act* del 2017 (EEG-2017) ha introdotto delle modifiche sulle fonti di energia rinnovabile secondo cui, con il progressivo ampliamento del settore delle rinnovabili, in futuro i tassi di finanziamento (tariffe incentivanti) non saranno più fissati dal governo, ma saranno determinati mediante asta.

Appena sorto, il modello spagnolo, a confronto con il modello tedesco, offriva meno sicurezza agli investitori: la remunerazione era garantita solo per 5 anni e il rinnovo dei contratti di acquisto non era automatico (cfr. *Real Decreto* 2818/1998; *Real Decreto* 436/2004; *Real Decreto* 661/2007). Il *Real Decreto* 1578/2008 ha introdotto in

Spagna un nuovo sistema di incentivi per la produzione di tecnologia sostenibile, secondo il quale l'importo dell'incentivo varia a seconda della posizione dell'installazione (su coperture o su terreno). La norma introduce una remunerazione maggiore per i piccoli impianti e prevede che, una volta raggiunti gli obiettivi, l'incentivo venga gradualmente ridotto ogni trimestre. Nel caso spagnolo il successo dell'energia rinnovabile trova fondamento in diverse ragioni che esulano dal semplice sistema di incentivi. Un chiaro esempio sono le politiche governative volte a favorire gli investimenti regionali, le quali oltre a tutelare l'ambiente, sono state capaci di sviluppare e accrescere il benessere economico e sociale del territorio (per maggiori approfondimenti si rimanda a M.T. García-Alvarez, R.M. Mariz-Pérez, *Analysis of the success of feed-in tariff for renewable energy promotion mechanism in the EU: lessons from Germany and Spain*, in *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 65 (2012) 52 – 57, *International Congress on Interdisciplinary Business and Social Science 2012, University of A Coruna, Facultad de Economía y Empresa, A Coruna 15071, Spain*).

La produzione di energia fotovoltaica risulta essere più costosa rispetto ad altre tipologie di energia sostenibile (idroelettrica, eolica e biomassa) e a tal riguardo, in Germania, Portogallo e Lussemburgo sono state introdotte diverse *feed-in tariff* a seconda del settore coinvolto e un importante fattore di differenziazione delle misure utilizzate è la dimensione degli impianti. In Germania la remunerazione viene concessa solo per gli impianti con dimensioni inferiori ai 5 MW. In Portogallo si ha una remunerazione maggiore per l'elettricità prodotta dagli impianti con capacità inferiore ai 5 MW e una remunerazione minore per gli impianti sopra a tale soglia. In Lussemburgo il contributo più elevato è riservato all'energia fotovoltaica prodotta dalle installazioni private, mentre il contributo per l'elettricità prodotta dagli impianti fotovoltaici municipali è notevolmente inferiore.

Anche in Germania e nel Lussemburgo, come nello Stato iberico, le politiche per gli incentivi prevedono uno schema degli incentivi decrescente per ogni anno. Nel 2002 gli impianti fotovoltaici tedeschi hanno assistito a una remunerazione inferiore del 5% rispetto all'anno precedente. Il Lussemburgo, invece, tra il 2003 e il 2004 ha subito due fasi di degressione rispettivamente pari allo 0,5 hcts/kWh e allo 0,45 hcts/kWh. Ciò significa che, ad esempio nel settore dell'eolico, gli Stati con siti più ventosi hanno gradualmente ridotto la remunerazione più rapidamente rispetto ai Paesi che presentano condizioni climatiche meno favorevoli alla produzione di elettricità eolica (per maggiori chiarimenti sul punto si veda D. Reiche, M. Bechberger, *Policy differences in the promotion of renewable energies in the EU member states*, in *Energy Policy* 32 (2004) 843–849, *University of Berlin, Ihnestra X e 22, 14195 Berlin*).

Diversamente, nei Paesi Bassi, i quali dispongono di un interessante sistema di vantaggi fiscali, gli investitori sono più attenti perché non esiste alcuna sicurezza sulle tariffe e le normative possono cambiare di anno in anno (nel settembre 2001, ad esempio, il governo olandese ha annunciato che a partire dal gennaio 2002 l'energia idroelettrica non sarebbe più stata esentata dalla tassa sull'energia). Dall'osservazione del sistema adottato dai Paesi Bassi, dove tutte le energie rinnovabili ricevevano lo stesso incentivo (un'esenzione dalla tassa sull'energia), si può facilmente comprendere perché il mercato solare tedesco, caratterizzato dalla differenziazione delle *feed-in tariff* per settore, sia cresciuto più rapidamente rispetto al mercato olandese.

La legislazione relativa alla promozione delle energie rinnovabili in Germania e in Spagna ha permesso ai produttori di questo tipo di energia di ottenere, insieme al prezzo di mercato dell'elettricità, un incentivo che compensa il valore ambientale dell'attività. Inoltre, è possibile affermare che i risultati ottenuti da questi due paesi sottolineano un importante impulso economico-sociale, non solo sotto il profilo della protezione ambientale (mediante la riduzione delle emissioni inquinanti) ma anche

grazie ad un notevole aumento dell'occupazione, un contributo positivo al PIL e l'aumento della ricerca e dello sviluppo in molti settori industriali.

4. – Prima di procedere a situare la sentenza in commento all'interno dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di risorse statali e sistemi di incentivazione alle fonti rinnovabili, gioverà sapere che lo scorso anno la Commissione europea ha adottato la decisione di non sollevare obiezioni in relazione allo schema di aiuti previsto dal governo francese, per la produzione di energia elettrica proveniente da fonti rinnovabili quando le stesse hanno fini di autoconsumo. In particolare, la Commissione ha dichiarato compatibile con il mercato interno lo stanziamento di 200 milioni di euro da parte del Governo francese, sotto forma di bonus per i beneficiari, in aggiunta al prezzo di mercato conseguito dalla eventuale vendita a terzi dell'energia prodotta. La valutazione di compatibilità è stata operata dalla Commissione sulla base degli Orientamenti del 2014 in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia. Gli stessi, infatti, prevedono una serie di condizioni in presenza delle quali gli aiuti di Stato in materia di energia e ambiente risultano compatibili con il mercato interno ai sensi dell'art. 107, par. 3, lettera c), TFUE. Inoltre, all'interno della più ampia "Strategia Europa 2020" che mira entro il 2020 a realizzare gli obiettivi della direttiva 2009/28/CE la Commissione, ha colto l'occasione del caso francese per sottolineare che se i bonus sono erogati con un procedimento di gara aperto, pubblico e non discriminatorio, ispirato al principio di neutralità tecnologica, l'incentivo non potrà che contribuire all'affermazione di forme di produzione energetica maggiormente sostenibili sotto il profilo ambientale (cfr. *Aides d'État: la Commission autorise l'aide française en faveur de l'installation pilote de production d'énergie hydroélectrique de Raz Blanchard*, reperibile in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_4685).

Il caso appena illustrato abbraccia la filosofia e l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione dell'ultimo decennio; di fatto, nella stessa direzione si colloca l'orientamento dei Giudici del Lussemburgo i quali nel 2001, nel dibattimento *Preussen Elektra*, hanno escluso che gli obblighi di acquisto di energia derivante da fonti rinnovabili a prezzi minimi, imposti dal Governo tedesco, potessero configurare una violazione del diritto in materia di aiuti di Stato. Pertanto, con riferimento ai sistemi di incentivazione delle rinnovabili presenti in Europa, la Corte definendo un'inversione di tendenza ha attribuito al diritto degli aiuti di Stato una portata notevolmente restrittiva, valorizzando invece, gli incentivi statali per la produzione di energia sostenibile in tutte le sue forme (Sentenza della Corte di Giustizia del 13 marzo 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98; Si veda anche Commissione Europea, Decisione del 22 maggio 2002 sulla Legge sulla promozione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili della Germania del 1° aprile 2000, NN 27/2000, par. 4).

Al fine di meglio comprendere le possibili ricadute pratiche della sentenza in commento all'interno dei confini europei è doveroso compiere un breve cenno anche sul Trattato sulla Carta dell'Energia (*Energy Charter Treaty* – ECT), ovvero l'accordo internazionale creato con l'obiettivo di stabilire un quadro multilaterale per la cooperazione transfrontaliera in ambito energetico; il quale ha donato agli operatori economici notevoli poteri sui sistemi nazionali. Premesso che l'Italia è uscita dalla Carta dell'Energia nel 2016 è necessario riconoscere che tale documento ha creato in capo alle imprese il diritto di citare in giudizio i governi di fronte a politiche ritenute lesive dei loro profitti. Oggi l'ECT si applica a oltre 45 Paesi, dall'Europa occidentale, all'Asia centrale fino al Giappone, e nei suoi oltre vent'anni di vita ha sorretto arbitrati commerciali per oltre 35 miliardi di dollari.

Con l'auspicio di meglio definire il quadro in cui si colloca la sentenza in nota risulterà interessante sapere che la Spagna si è trovata sotto scacco dei tribunali commerciali in diverse occasioni, e nella maggior parte dei casi al centro delle controversie iberiche vi erano i tagli retroattivi agli incentivi attuati dal Governo. L'ultimo contenzioso ci riporta al caso 9REN Holding S.a.r.l contro Spagna, quest'ultima citata per i tagli retroattivi agli incentivi sulle rinnovabili. Secondo il Tribunale dell'ICSID (Centro Internazionale per il Regolamento delle Controversie Relative ad Investimenti della Banca Mondiale), lo Stato non avrebbe assicurato "un trattamento giusto ed equo" alla compagnia che allora aveva investito in due impianti solari (cfr. Report arbitrati commerciali *9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N. ARB/15/15). Fermo e restando che, come avviene per tutte le sentenze dell'ICSID, la Spagna dovrà chiedere la convalida di tale sentenza presso i tribunali nazionali, risulterà interessante sapere che il Governo spagnolo ha sempre trovato l'avallo della Corte Costituzionale spagnola. La stessa infatti, prima nel dicembre 2015 e poi nel febbraio 2016, ha rigettato due questioni di legittimità costituzionale poiché ha riconosciuto nelle misure adottate dal Governo il principale interesse di voler contrastare il progressivo crollo dei prezzi all'ingrosso dell'energia che ha messo in crisi il settore termoelettrico del Paese costringendo il Governo a tagliare gli incentivi alle rinnovabili (In Spagna tra il 2009-10 e il 2014-15 l'esecutivo ha sospeso gli incentivi per le rinnovabili. Questo, sebbene la *feed-in tariff* sia stata prima ripristinata per poi essere nuovamente sospesa, ha causato uno stop del settore. In tal senso M. Requena, *Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?*, in *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, ISSN 1695-2588, N°. 42, 2019, págs. 71-108; sul punto anche Sentenza 270/2015, *Tribunal Constitucional*, del 17 dicembre 2015. *Recurso de inconstitucionalidad 5347-2013 Real Decreto-ley 2/2013 e 9/2013*).

Dopo l'ennesimo esito negativo per i governi europei provenienti dai Tribunali arbitrali e tra soggetti appartenenti agli Stati membri, sul tema si è espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione che con la sentenza *Achmea* del marzo 2018, ha annullato il lodo di una controversia tra un'impresa olandese e la Slovacchia. In quell'occasione la Corte di Giustizia UE ha statuito che la clausola arbitrale del trattato ECT è contraria all'autonomia del Diritto dell'Unione. La Corte ha stabilito che gli organi giurisdizionali nazionali sono tenuti ad annullare qualsiasi lodo arbitrale se capace di minacciare l'autonomia, l'efficacia e il primato del diritto dell'UE, nonché il principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, aggiungendo che il ricorso alle clausole arbitrali compromette il procedimento pregiudiziale previsto dall'articolo 267 del TFUE risultando, peraltro, non compatibile con il principio di leale cooperazione (cfr. Sentenza della Corte di Giustizia del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, Causa C-284/16).

Dello stesso avviso è la Commissione Europea, la stessa riprendendo quanto statuito dai giudici del Lussemburgo nella comunicazione intitolata "Tutela degli investimenti intra-UE", ha precisato che gli arbitrati commerciali fondati sui tagli governativi agli incentivi sono contrari al diritto dell'Unione. L'indicata dichiarazione, quindi, dovrebbe impedire nuove procedure arbitrali incompatibili con il diritto dell'Unione, assicurando agli investitori il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva dell'Unione. Tuttavia, nella dichiarazione del 15 gennaio gli Stati hanno sottolineato che la Corte, con la sentenza *Achmea*, non si è pronunciata sul sistema arbitrale relativo alla Carta europea sull'energia che, quindi, dovrebbe continuare ad operare (cfr. COM(2018) 547 final, Comunicazione della Commissione del 19 luglio 2018, *Tutela degli investimenti intra-UE*).

5. – Lo scenario sopra descritto ha reso la situazione circa l'eventuale esecuzione dei lodi arbitrali alquanto incerta anche in Italia. Sebbene il Bel paese abbia deciso di uscire dalla Carta dell'Energia nel 2016 lo Stato italiano risulta coinvolto in 7 procedimenti pendenti (v. l'arbitrato *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case N. V 2015/095). Invero, la decisione del Governo italiano di recedere dall'ECT non ha messo l'Italia al riparo da eventuali pretese di risarcimento a cascata, ma anzi ha prestato il fianco a una serie di criticità che necessitano di un'adeguata analisi giuridica. Inoltre, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 16 del 24 gennaio 2017, che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR del Lazio, sulla rimodulazione delle tariffe incentivanti, l'Italia si trova in una fase di stallo, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Pronuncia che pare essere arrivata proprio con la sentenza in commento. Con la decisione in epigrafe, infatti, la Corte ha stabilito che non vi alcun obbligo in capo agli Stati membri di offrire incentivi alle imprese operanti nel settore delle energie rinnovabili mettendo a tacere gran parte delle obiezioni provenienti dagli operatori economici.

Ciò detto è interessante sapere che secondo un *Report* di Bloomberg *New Energy Finance* le energie rinnovabili non hanno più bisogno di incentivi. Secondo lo studio di Bloomberg gli impianti per la produzione di elettricità sostenibile sono in grado di ripagarsi autonomamente attraverso la vendita sul mercato. Il merito, secondo la ricerca, è proprio dei sussidi: hanno funzionato e ora consentono alle società dell'energia eolica e fotovoltaica di "camminare con le proprie gambe". Per Bloomberg la Spagna (la quale ha dovuto ridimensionare gli aiuti, che avevano innescato un crollo dei prezzi sul settore termoelettrico) resta leader indiscussa in Europa con oltre 2 mila Mw in impianti fotovoltaici realizzati o in costruzione senza sostegno dei sussidi pubblici. In sintesi, in Spagna, Italia e Portogallo sono immessi nella rete elettrica circa 750 Mw di energia prodotta da solare e eolico senza il sostegno degli incentivi, grazie anche al il ritorno sull'investimento che è diventato più veloce (15 anni e in alcuni casi anche solo 10, contro i 20-25 anni della scorsa decade) calcola Bloomberg. Uno studio del *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) pubblicato dalla rivista *Energy Policy* sottolinea che, grazie ai progressi tecnologici e ai sussidi, il costo del fotovoltaico è sceso del 97% tra il 1980 e il 2012. In particolare, la crescita del mercato stimolata dal sostegno statale e dalle economie di scala è responsabile del 60% del calo dei costi e Bloomberg prevede un ulteriore calo dei costi nei prossimi anni cosicché produrre elettricità sostenibile nel 2050 costerà il 63% in meno rispetto ad oggi (dati reperibili in Bloomberg NEF, 2018. *Global Trends in Renewable Energy Investment* 2018).

In Italia, tuttavia, secondo gli operatori economici, la situazione è più complessa e come sostiene Alberto Pinori, presidente Anie Rinnovabili, è vero che in Italia sono sorti molteplici impianti eolici e fotovoltaici senza alcun meccanismo incentivante ma queste non coinvolgono l'intero comparto. Secondo l'esperto, tali installazioni sono principalmente di tipo "utility-scale" ossia di taglia molto grande e pertanto più grandi di quelle residenziali, le quali non godono di economie di scala. Inoltre, ulteriori fattori di rischio sono i tempi di autorizzazione lunghi, la volatilità dei prezzi dell'energia elettrica e il cambiamento delle regole sul mercato elettrico. Anche secondo Davide Chiaroni, vicedirettore *Energy&Strategy Group* del Politecnico di Milano, per raggiungere gli obiettivi del 2030 servono incentivi poiché gli obiettivi richiesti dal Piano Nazionale Integrato Energia e Clima, secondo il quale nel giro di pochi anni la produzione da fotovoltaico dovrà triplicare e quella da eolico raddoppiare, non si configurano come un "normale" sviluppo di mercato ma bensì come una crescita "straordinaria", per la quale un sistema di incentivazione diviene indispensabile.

Pertanto, benché l'Europa sia all'avanguardia nell'innovazione energetica, divenuta un faro nell'indicare strade percorribili verso un futuro energetico basato sulle fonti rinnovabili non resta che attendere quali saranno gli effettivi possibili risvolti della

sentenza in commento. Infatti, se per certi versi la Corte, statuendo l'ammissibilità dell'azzeramento delle tariffe incentivanti ha sciolto alcuni nodi cruciali per il governo italiano, nonché per quello spagnolo, è bene chiedersi quali saranno le sorti di paesi come Francia, Lussemburgo, Polonia e altri, ove occorrono ancora ulteriori sforzi per rispettare la traiettoria tracciata verso il 2030.

Aiuti di Stato alle “società *in house*”: fino a che punto i mercati locali sfuggono alle regole di concorrenza?

di *Marcello Salerno*

Title: State aid to in-house providing companies: to what extent do local markets escape competition rules?

Keywords: State aid; Competition; Local public services.

1. – Esistono controversie tra Istituzioni nazionali ed europee che talora si trascinano per anni e che sembrano non voler mai trovare una definitiva conclusione, perdendosi tra mille rivoli che di tanto in tanto inesorabilmente riaffiorano. È questo il caso di una lunga vicenda riguardante la compatibilità di alcuni incentivi previsti nell'ordinamento italiano per i contratti di formazione e lavoro, dichiarati incompatibili con il divieto di aiuti di Stato nel 1999 da una decisione della Commissione europea (dec. 2000/128/CE dell'11-5-1999). Fino al 1990 i contratti di formazione e lavoro erano disciplinati dal decreto-legge n. 726 del 30-10-1984 recante “Misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali” (convertito, con modificazioni, in legge n. 863 del 19-12-1984) e non avevano posto alcun problema rispetto all'art. 87, par. 1 del Trattato CE in quanto, pur prevedendo benefici alle imprese in termini di minori oneri contributivi, questi ultimi venivano applicati attraverso criteri ritenuti uniformi, obiettivi e non discrezionali dalla Commissione europea. Solo dopo le modifiche apportate a questo istituto dalla legge n. 407 del 29-12-1990 sono state introdotte delle riduzioni accordate in funzione del luogo di insediamento dell'impresa beneficiaria e del settore di appartenenza che hanno posto un rilevante problema di compatibilità rispetto alle regole di funzionamento del mercato unico. Incidentalmente, vale la pena di ricordare che il contratto di formazione e lavoro, dopo essere stato sostituito con il “contratto di inserimento” dal decreto legislativo 10-9-2003, n. 276 (cosiddetta Legge Biagi), è stato parzialmente abrogato dalla legge 28-6-2012 n. 92 (sulla disciplina di tale istituto si rinvia ampiamente a L. Carollo, *I contratti di lavoro finalizzati alla formazione e all'inserimento*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (cur.), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2013, 1713 ss.).

Degli aiuti concessi dall'Italia per l'assunzione di lavoratori mediante i contratti di formazione e lavoro la Commissione ha ritenuto legittimi soltanto quelli riguardanti la creazione di nuovi posti di lavoro nell'impresa beneficiaria o l'assunzione di lavoratori che incontrano difficoltà specifiche ad inserirsi o a reinserirsi nel mercato del lavoro (giovani con meno di 25 anni, laureati fino a 29 anni, disoccupati di lunga durata). Per tutti gli altri, la Commissione ha dichiarato l'incompatibilità con le regole di concorrenza spiegando che alcune imprese si trovavano a beneficiare di riduzioni

maggiori rispetto alle loro concorrenti: le riduzioni selettive che favoriscono determinate imprese rispetto ad altre costituiscono, per la parte differenziale, aiuti di Stato che falsano la concorrenza e rischiano di incidere sugli scambi tra gli Stati membri. E ciò accade, precisa sempre la Commissione, sia quando le imprese beneficiarie esportano una parte della loro produzione negli altri Stati membri sia quando non esportano. In entrambi i casi, infatti, la produzione nazionale ne risulta comunque favorita e l'aiuto riduce la possibilità da parte delle imprese insediate in altri Stati membri di esportare i loro prodotti verso il mercato italiano.

Si è trattato di una decisione dagli effetti notevoli per l'ordinamento italiano: per tutti gli aiuti incompatibili, infatti, la Commissione ha imposto all'Italia di prendere ogni provvedimento atto a recuperare presso i beneficiari le somme illegittimamente percepite, comprensive di interessi dal giorno in cui esse sono state messe a disposizione dei beneficiari (sul recupero degli aiuti, in generale, si veda: A. Terrasi, *Aiuti di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1081 ss.). Ma evidentemente tale conseguenza è apparsa troppo pesante per il Governo italiano, di qui la decisione di ricorrere alla Corte di giustizia al fine di fare annullare la decisione della Commissione o, in subordine, di farla annullare almeno nella parte in cui prevedeva il recupero delle somme che costituiscono un aiuto incompatibile col mercato. Secondo il Governo italiano, infatti, la Commissione non poteva limitarsi a valutare i contratti di formazione lavoro da un punto di vista strettamente economico. Essa avrebbe dovuto valutarli sul piano della politica dell'occupazione, ossia come strumenti che consentivano di agire con efficacia simultaneamente nei settori della formazione e dell'incentivazione dell'occupazione. Ma la Corte non ha condiviso tale ragionamento: il carattere sociale degli interventi statali non è sufficiente per sottrarli alla qualifica di aiuti ai sensi dell'art. 87 CE e uno sgravio parziale degli oneri sociali a carico delle imprese di un particolare settore industriale costituisce un aiuto se tale misura è diretta ad esentare parzialmente tali imprese dagli oneri derivanti dalla normale applicazione del sistema generale di previdenza sociale, senza che questo esonero sia giustificato dalla natura o dalla struttura di tale sistema (Corte giust., sent. 7-3-2002, causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Racc.*, I-2316 ss., in part. p.ti 50 e 51). Confermata, dunque, la decisione della Commissione dell'11 maggio 1999, il recupero delle somme costituiva, secondo la Corte, la «logica conseguenza» dell'accertamento della sua non compatibilità con il Trattato. E questo anche se il provvedimento di recupero avesse dato luogo a una grave lesione dell'affidamento delle imprese nazionali che hanno beneficiato dell'aiuto sulla base di un provvedimento (legislativo o amministrativo) ritenuto legittimo.

L'obbligo per lo Stato di sopprimere un aiuto incompatibile con il mercato unico mira al ripristino della situazione precedente privando il beneficiario del vantaggio di cui aveva fruito sul mercato rispetto ai suoi concorrenti. Se così non fosse, infatti, verrebbe meno l'effettività dell'intero diritto europeo della concorrenza (Cfr. Corte giust., sent. 21-3-1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.* I- 959 ss.; sent. 4-4-1995, causa C-350/93, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, I-699 ss., sent. 17-6-1999, causa C-75/97, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, I-3671 ss.; sent. 27-6-2000, causa C-404/97, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.*, I-4897 ss.; in dottrina cfr., tra gli altri: R. Cafari Panico, *Il recupero degli aiuti illegittimamente concessi*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 39 ss.; H.J. Priess, *Recovery of Illegal State Aid: an Overview of Recent Developments in the Case Law*, in *C. Mkt. L. Rev.*, 1996, 69 ss.; R. Adam, *In capo a chi il recupero degli aiuti illegittimi?*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 255 ss.; P.M. Huber, *Aiuti ex artt. 87 e 88 del Trattato CE 1999 e tutela dell'affidamento nel diritto comunitario e nel diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 321 ss.).

Nel successivo giudizio per inottemperanza (Corte giust., sent. 1-4-2004, causa C-99/02 *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 2004, I-03353

ss.) sorto per effetto del ricorso che la Commissione ha proposto contro l'inerzia del Governo italiano, la Corte ha ribadito non solo l'obbligatorietà del recupero delle somme erogate a titolo di aiuto illegittimo ma anche l'assenza di una impossibilità assoluta di dare corretta esecuzione alla decisione. Alcune impreviste difficoltà operative possono certamente comportare, da parte della Commissione, un intervento teso a rendere la decisione ottemperabile, in ragione del principio della leale collaborazione, ma la Corte ha evidenziato che il Governo italiano si era limitato a generiche e dilatorie comunicazioni e che dunque non avesse, in concreto, intrapreso alcuna reale iniziativa di recupero (sul alcune valutazioni anche economiche dell'inerzia statale nel recupero degli aiuti cfr. G. Bellomo, *Pasticcio all'italiana sul recupero degli aiuti di stato in favore di società recentemente quotate in borsa: la Corte difende il principio di effettività e bacchetta il giudice tributario nazionale*, in questa *Rivista*, 2011, 545 s.; più in generale: V. De Falco, *Gli aiuti di stato illegittimi e il problema del recupero presso le imprese beneficiarie*, in questa *Rivista*, 2003, 1408 ss.; sulle più recenti posizioni della giurisprudenza interna: Corte Cass., sent. n. 31-1-2017, n. 2396 oppure sent. 31-10-2017, n. 25899). A seguito di tale pronuncia l'INPS ha finalmente avviato la procedura di accertamento e recupero degli sgravi contributivi illegittimi.

2. – Nell'ambito di tali attività di recupero – e qui iniziamo ad entrare nel caso oggetto della sentenza in epigrafe – l'istituto italiano di previdenza ha inviato due avvisi di pagamento per un importo complessivo di oltre 9 milioni di euro all'Azienda Napoletana Mobilità SpA, (in breve ANM) per la restituzione dei contributi non versati per assunzioni avvenute tra il 1997 e il 2001 mediante contratti di formazione e lavoro, successivamente trasformati in contratti di lavoro a tempo determinato. L'ANM è una società nata nel 1995 in seguito alla trasformazione di un consorzio di diritto pubblico, per la gestione unitaria e integrata dei servizi di trasporto pubblico locale. Il Comune di Napoli aveva affidato a tale società, di cui è azionista unico, la gestione “in house” del servizio di trasporto locale senza procedura ad evidenza pubblica, come consentito dal quadro normativo nazionale ed europeo (sull'istituto dell'«in house providing» la dottrina si è lungamente soffermata; per una ricostruzione v., tra gli altri, C. Volpe, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *GiustAmm - Riv. dir. amm.*, 2014, 4; G.F. Ferrari, *Il punto nazionale sull'in house providing*, in questa *Rivista*, 2007, 1377 ss.; G. Piperata, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 137 ss.).

L'azione di recupero delle somme da parte dell'INPS si trasforma, evidentemente, in un provvedimento di notevole impatto economico per l'azienda di mobilità. Più che prevedibile, quindi, il ricorso al Tribunale di Napoli per chiederne l'annullamento. E i giudici partenopei danno ragione all'ANM, affermando che la decisione 2000/128/CE della Commissione europea non avrebbe prodotto direttamente effetti nell'ordinamento giuridico italiano, in quanto non avrebbe imposto alla Repubblica italiana un obbligo sufficientemente preciso e incondizionato. Argomentazione piuttosto singolare, per non dire stravagante, con riferimento ad una decisione della Commissione. E in effetti la Corte d'appello di Napoli, intervenuta nella vicenda questa volta su ricorso dell'INPS, pur confermando nella sostanza la sentenza, ha correttamente modificato la motivazione: senza alcun dubbio, una decisione della Commissione fa parte dell'ordinamento giuridico italiano e produce effetti diretti, ma non sarebbe applicabile all'ANM poiché il vantaggio economico costituito dalle esenzioni dagli oneri sociali non sarebbe in grado di incidere sugli scambi tra gli Stati membri né di ledere la concorrenza. In questa ottica, le attività di trasporto pubblico locale, nel momento in cui vengono affidate in maniera diretta a “società in house”, sarebbero esercitate in

regime di “non concorrenza”. Si tratta di una questione cruciale sulla quale si sviluppa prevalentemente la sentenza in commento.

Il ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia è stato sollevato dalla Corte di Cassazione di fronte alla quale l’INPS aveva impugnato la sentenza di appello. L’obiettivo dichiarato della Suprema Corte, in sostanza, è quello di accertare che la decisione della Commissione sia applicabile anche nei confronti dei datori di lavoro esercenti attività di trasporto pubblico locale che operano in regime di sostanziale “non concorrenza” in ragione della esclusività del servizio prestato. Ma i ragionamenti più importanti dei giudici europei, come si vedrà tra breve, si sviluppano non solo (e non tanto) sulla applicabilità della decisione della Commissione alle imprese che operano in regime di “non concorrenza” quanto sulla più problematica questione di stabilire a quali condizioni e in che misura una “società *in house*”, che opera sostanzialmente in un mercato locale, possa sottrarsi alle regole di concorrenza. È su questo aspetto, infatti, che le regole fondamentali di costituzione economica (nel significato ampiamente sviluppato da G. di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, in *Federlismi.it*, 5/2019, 103 ss.), subiscono la più dura prova di resistenza.

3. – Sulla base di una giurisprudenza ormai consolidata, la qualificazione di una misura come «aiuto di Stato», ai sensi dell’articolo 107, par. 1, TFUE, richiede che siano soddisfatti alcuni presupposti fondamentali: 1) deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali; 2) deve poter incidere sugli scambi tra Stati membri; 3) deve concedere un vantaggio al beneficiario; 4) deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza (cfr., tra le più recenti, Corte giust., sent. 6-3-2018, *Commissione/FIH Holding e FIH Erhvervsbank*, causa C-579/16, in *Racc.*, 2018, 159, p.to 43 e l’ulteriore giurisprudenza *ivi* citata). Nel caso affrontato dalla sentenza in commento, la decisione 2000/128/CE della Commissione aveva accertato (p.ti 63, 64 e 97 della motivazione) che la normativa italiana sulle agevolazioni previste nei contratti di formazione e lavoro soddisfa certamente la prima e la terza condizione. In effetti, non vi è dubbio che una riduzione degli oneri previdenziali produce un vantaggio all’impresa beneficiaria e che questo avvenga attraverso risorse statali. Più problematiche appaiono la seconda e la quarta condizione, su cui la Corte di giustizia si sofferma più diffusamente, mettendo in evidenza gli aspetti più interessanti della sentenza.

Secondo i giudici di Lussemburgo la riduzione degli oneri previdenziali rafforza certamente la situazione finanziaria e le possibilità operative dell’impresa beneficiaria ma occorre verificare che produca effetti non solo sulla concorrenza ma anche sugli scambi tra Stati membri. A tal riguardo, anche in altre occasioni la Corte di giustizia aveva avuto modo di affermare che gli aiuti diretti a sgravare un’impresa dai costi cui avrebbe dovuto normalmente far fronte nell’ambito della propria gestione corrente o delle proprie normali attività falsano, in linea di principio, le condizioni di concorrenza (Corte giust, sent. 27-6-2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, causa C-74/16, in *Racc.*, 2017, 496, p.to 80). Qualche difficoltà in più si incontra, invece, nel dimostrare che tali aiuti incidano sugli scambi tra Stati membri quando si tratta di una “società *in house*” che eroga servizi su un mercato locale come, in questo caso, il Comune di Napoli.

A parere della Commissione, un aiuto di Stato incide sugli scambi sia quando le imprese beneficiarie esportano una parte della loro produzione in altri Stati membri sia quando, pur non essendovi esportazione, la produzione nazionale ne risulta avvantaggiata. Ad esempio, perché le possibilità delle imprese situate in altri Stati membri di esportare i loro prodotti sul mercato italiano risultano diminuite. A tal riguardo c’è da aggiungere che la Corte di giustizia ha più volte affermato che per

qualificare una misura nazionale come «aiuto di Stato» non è necessario dimostrare una reale incidenza dell’aiuto sugli scambi tra gli Stati membri e un’effettiva distorsione della concorrenza, ma è sufficiente esaminare se l’aiuto sia semplicemente idoneo a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza (cfr. recentemente Corte giust., sent. 27-6-2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, causa C-74/16, in *Racc.*, 2017, 496, p.to 78). Quando uno Stato membro concede un aiuto ad un’impresa, la produzione interna può aumentare, con la conseguenza che le possibilità delle imprese con sede in altri Stati membri di esportare i loro prodotti nel mercato di questo Stato membro ne sono diminuite (*ibidem*, p.to 79).

La conseguenza principale di tale approccio è che la condizione in base alla quale l’aiuto può essere in grado di incidere sugli scambi non dipende necessariamente dalla natura locale o regionale dei servizi forniti dall’impresa (Corte giust., sent. 24-7-2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, causa C-280/00, in *Racc.*, 2003, 415, p.to 82; sent. 14-1-2015, *Eventech*, causa C-518/13, in *Racc.*, 2015, 9 ss., p.to 69). In altre parole, la circostanza che l’impresa operi in un limitato mercato locale non può costituire, di per sé stesso, motivo valido per sottrarsi alle regole della concorrenza. È questa la posizione assunta dalla Corte di giustizia, con qualche elemento in più di riflessione, anche nella sentenza in commento. A nulla sono valse, infatti, le argomentazioni dell’ANM di non essere stata esposta, durante il periodo compreso tra il 1997 e il 2001, a nessuna concorrenza riguardante i servizi di trasporto pubblico locale e che il mercato italiano del trasporto pubblico locale non fosse neppure parzialmente liberalizzato. Sul punto, sebbene l’ANM abbia affermato di non aver operato al di fuori della Provincia di Napoli durante il periodo considerato e che, conformemente al suo statuto, essa operava esclusivamente nel Comune di Napoli, l’Avvocato generale Hogan nelle sue Conclusioni opportunamente annota che, in realtà, in base all’art. 3, par. 2 e all’art. 3, par. 3 dello statuto, l’ANM poteva, in determinate circostanze, operare anche al di fuori di tale comune.

3071

La Corte di giustizia non esclude, dunque, che il vantaggio conseguito dall’impresa di trasporti locale attraverso la misura statale in questione possa determinare effetti sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri. Tuttavia non lo afferma neppure. L’ultima parola, infatti, viene lasciata al giudice del rinvio, l’unico, a parere della Corte, «ad avere una conoscenza diretta della controversia di cui al procedimento principale, procedere alle verifiche necessarie allo scopo di determinare se, durante il periodo in questione di cui al procedimento principale, il mercato italiano del trasporto pubblico locale fosse aperto alla concorrenza e consentisse pertanto agli operatori di altri Stati membri di offrire le loro prestazioni per garantire i servizi in esame nel procedimento principale, o se il Comune di Napoli fosse soggetto a un obbligo legislativo o regolamentare di attribuire detti servizi esclusivamente all’ANM» (p.to 40 sent. in commento). Quest’ultimo aspetto, ossia l’eventuale obbligo legislativo a carico dell’ente pubblico di attribuire il servizio esclusivamente alla “società in house”, viene assunto dalla Corte di giustizia come elemento dirimente per accertare se la società operi o meno in un regime di libera concorrenza. Posizione comprensibile ma non immune da qualche annotazione critica, su cui conviene soffermarsi.

La Corte, in sostanza, rinvia al giudice nazionale il compito di procedere alle necessarie verifiche utili a determinare se l’ANM abbia esercitato, durante il periodo compreso tra il 1997 e il 2001, attività su altri mercati di prodotti o servizi o, ancora, su altri mercati geografici aperti a un’effettiva concorrenza. In tal caso, infatti, non si potrebbe escludere che le riduzioni degli oneri sociali di cui quest’impresa ha goduto in forza della normativa italiana abbiano falsato la concorrenza e abbiano inciso sugli scambi tra Stati membri. Fin qui l’argomento risulta convincente. Tuttavia la decisione (legislativa o regolamentare) di uno Stato membro di riservare l’erogazione di un servizio ad una società pubblica difficilmente può assurgere a criterio generale per

stabilire se il mercato di quel determinato servizio debba essere o meno sottratto dal regime di concorrenza, in quanto si tratta pur sempre di una scelta discrezionale di politica economica e/o sociale dello Stato membro che, peraltro, andrebbe anch'essa valutata alla luce delle regole del mercato unico. Se è vero, da un lato, che in assenza di un obbligo normativo ad attribuire un determinato servizio esclusivamente ad una "società *in house*" il Comune di Napoli avrebbe anche potuto legittimamente attribuire il servizio ad un altro fornitore attraverso un'apposita gara di appalto alla quale avrebbero potuto partecipare operatori di altri Stati membri (lo rileva la stessa Corte al p.to 38 della sentenza in commento) non si può escludere che, anche in presenza di tale obbligo, la stessa "società *in house*" decida di estendere il proprio ambito di azione e si spinga verso nuovi mercati entrando in competizione, quindi, con imprese operanti in altri Stati membri.

Tali dubbi inducono a considerare più solido e razionale il primo criterio utilizzato dalla Corte, ossia quello relativo alla individuazione del mercato geografico o di prodotto nel quale l'impresa ha effettivamente esercitato o è in grado potenzialmente di esercitare la propria attività. Un criterio anche più obiettivo perché sottratto alla discrezionalità delle scelte legislative o regolamentari degli Stati membri.

4. – Un'ultima riflessione è utile sviluppare a corollario della vicenda. La circostanza che gli affidamenti di servizi a "società *in house*" non siano soggetti alle norme europee in materia di appalti pubblici (sul tema il dibattito è assai ampio, soprattutto con riferimento alla compatibilità sistemica dell'istituto con i principi di tutela della concorrenza, di contenimento della spesa pubblica, di sussidiarietà orizzontale nonché di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza dell'azione amministrativa; tra i lavori più recenti v.: C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurolunitaria*, in *Federalismi.it*, 2019, in part. 4 ss.) determina spesso l'equivoco che attorno a tali imprese l'ordinamento europeo abbia voluto creare una sorta di "zona franca" dove le regole di concorrenza non trovano applicazione. Quando le società a totale partecipazione pubblica, inoltre, operano in un mercato prevalentemente locale, come nel caso della sentenza in commento, diventa ancora più forte il convincimento che alcune misure potenzialmente distorsive della concorrenza, come possono essere gli aiuti di Stato, non siano comunque in grado di incidere sugli scambi tra gli Stati membri e, dunque, possano essere considerate sempre legittime. Questa sentenza dimostra che non è così.

Le argomentazioni più interessanti dei giudici di Lussemburgo, dunque, non si apprezzano tanto con riferimento all'annosa questione della compatibilità degli incentivi all'occupazione con il divieto di aiuti di Stato (su cui v. ampiamente M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2002), ma proprio con riferimento ai criteri e alle circostanze che consentono ad una società a partecipazione pubblica che opera in un'area territorialmente limitata di sottrarsi alla regola del divieto di aiuti di Stato. Nonostante la Corte di giustizia rinvii al giudice nazionale il compito di verificare, in concreto, se l'azienda di trasporto locale operi su un mercato aperto alla concorrenza, la sentenza ha il pregio di evidenziare come tale verifica non abbia affatto esito scontato ma che, al contrario, debba essere svolta sempre attraverso un'attenta analisi, caso per caso, delle circostanze che consentono ad una impresa di essere considerata al di fuori di un mercato concorrenziale. Tale analisi deve tener conto, in particolare, del fatto che operatori di altri Stati membri potrebbero anche solo potenzialmente offrire le loro prestazioni per garantire lo stesso servizio ed entrare, quindi, in competizione con l'impresa in questione, nonostante il contesto territoriale apparentemente circoscritto.

Il fatto di rinviare al giudice nazionale tale valutazione non ne riduce necessariamente la rilevanza sul piano del funzionamento del mercato europeo. Al contrario, conferma un fenomeno, ormai noto da tempo, per cui il giudice nazionale assume sempre di più le vesti di giudice europeo, all'interno di un contesto di dialogo e di cooperazione tra giurisdizioni, come da più parti ampiamente auspicato (v., tra i tanti, R. Alonso García, *Il giudice nazionale come il giudice europeo*, in *Quad. cost.*, 1/2005, 111 ss.; F.F. Segado, *El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común*, in *Cuestiones constitucionales*, n. 13, 2005). La valutazione del giudice del rinvio produrrà effetti che possono senz'altro considerarsi di rilievo europeo poiché incidono sul corretto funzionamento del mercato unico. Una valutazione, dunque, che impone un buon grado di consapevolezza, di responsabilità e di ponderazione di tutti gli interessi in gioco.

Corte di Giustizia dell'Unione europea (II sezione).
Sentenza 11 settembre 2019, causa C-46/18, Cooperativa Sociale San rocco Soc. coop. arl
e altri c. Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA) e Regione Veneto

Il prelievo supplementare delle quote latte ed il problematico approccio dell'ordinamento italiano al principio del legittimo affidamento

di Maddalena Zinzi

Title: The additional levy of milk quotas and the problematic approach of the Italian legal system to the principle of legitimate expectation

Keywords: Legitimate expectation; Supplementary levy of milk quotas; Conformity of EU law with Italian law.

1. – Nella sentenza in commento, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale in tema di prelievo supplementare nel settore del latte e dei latticini presentata dal Consiglio di Stato italiano, la Corte di Giustizia, nel ribadire la compatibilità della normativa europea con quella nazionale in tema di quote latte, conferma la crescente importanza che ha assunto il principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino nell'ordinamento comunitario. Principio che, nella sua complessa funzione di bilanciamento degli interessi pubblici e privati, rileva specie sul piano dell'azione amministrativa ed è proprio in tale ambito che la Corte ne invoca la corretta applicazione da parte dell'ordinamento italiano.

È noto che il principio del legittimo affidamento tenda alla tutela delle situazioni soggettive consolidate per effetto di atti dei pubblici poteri, idonei a determinare una posizione di vantaggio nonché un'aspettativa nel destinatario; così com'è noto che lo stesso rappresenti un corollario del più ampio principio della certezza del diritto (come di recente confermato in Corte di Giustizia, sentenza 9 luglio 2015, C-144/14, *Cabinet Medical Veterinar*) secondo l'impostazione tedesca (C. Fraenkel-Haeberle, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento, il caso tedesco*, Trento, 2008, 18 ss.; P. Popelier, *Legitimate expectation and the law maker in the case law of European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law*, n. 1/2006, 10 - 24), la cui giurisprudenza costituzionale ha influenzato l'orientamento della Corte di Giustizia. A partire dalla sentenza *Töpfer* del 1978 (Corte di Giustizia, sentenza 3-5-1978, C-12/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. c. Commissione*) infatti il giudice comunitario ha annoverato il legittimo affidamento, non espressamente contemplato nei Trattati, tra i principi fondamentali dell'Unione.

In linea con il costituzionalismo tedesco il principio si è affermato così attraverso due direttrici. La prima concerne i limiti del potere normativo e mira ad impedire che la successione delle norme nel tempo avvenga senza tenere in considerazione le aspettative e gli affidamenti ingenerati dalle leggi e dalle fonti normative secondarie.

Mentre sul piano del diritto amministrativo la giurisprudenza tedesca ha introdotto la regola che impone alle amministrazioni di valutare l'affidamento ingenerato nei destinatari dei provvedimenti di secondo grado, o di riconoscere il risarcimento dei danni patrimoniali in caso di revoca o annullamento (V. De Falco, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, Trattato di Diritto Pubblico Comparato, Milano, 2018, 289).

Il caso in questione attiene al mancato pagamento, rilevato dall'AGEA (Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura), da parte del Caseificio Sociale San Rocco ("primo acquirente" dei prodotti lattiero-caseari) e di taluni produttori italiani del prelievo supplementare delle quote latte, rispetto ai quantitativi globali garantiti per ciascun Stato membro, per il periodo 1 aprile 2003- 31 marzo 2004. Nel luglio 2014 l'AGEA inviava una comunicazione al Caseificio Sociale San Rocco in cui rilevava l'omesso versamento da parte del medesimo, in qualità di primo acquirente, delle trattenute in capo ai produttori, a titolo di prelievo supplementare, come previsto dall'articolo 5 del decreto legge n.49/2003 (Riforma della normativa in tema di applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, convertito dalla legge n.119/2003). I produttori, dai quali il Caseificio aveva acquistato il latte, risultavano quindi debitori di rilevanti importi; essi non avrebbero così potuto usufruire, ex articolo 2, comma 3 del decreto legge n.157/2004 (Disposizioni urgenti per l'etichettatura di alcuni prodotti agroalimentari ed in materia di agricoltura e pesca), del rimborso del prelievo pagato in eccesso sulle consegne di latte vaccino nel corso del periodo di riferimento, e da ascrivere al mancato utilizzo di alcune quote individuali. Il Caseificio Sociale San Rocco ed i produttori, ritenendo che la normativa italiana di settore fosse contraria al diritto dell'Unione, ed in particolare all'articolo 2 del regolamento CEE n.3950/92 (che introduce il prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseario, GU 1992, L 405, p.1) anche letto in combinato disposto con l'art.9 del regolamento CE n.1392/2001 (recante modalità di applicazione del regolamento n.3952/92), presentavano dunque ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio contro la comunicazione dell'Agenzia, chiedendone l'annullamento.

Il ricorso veniva respinto con sentenza del 3 febbraio 2010, sull'assunto che la normativa italiana fosse, invece, compatibile con la disciplina comunitaria. I ricorrenti impugnavano in seguito la sentenza del Tar dinanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di Giustizia talune questioni pregiudiziali: se l'eventuale incompatibilità tra la normativa comunitaria e quella nazionale esentasse o meno i produttori dal pagamento del prelievo supplementare; se i produttori non risultando, in virtù di simile incompatibilità, debitori del prelievo complementare, potessero, in linea con la normativa interna, usufruire in via prioritaria del rimborso dell'eccedenza del pagamento del prelievo supplementare. Infine il Consiglio di Stato italiano chiedeva se proprio il richiamo al principio del legittimo affidamento potesse favorire, in particolare, i produttori in relazione alle questioni sopraesposte.

Nel disporre che la difformità tra la normativa italiana e quella europea non esenta i produttori dal ricalcolo, e quindi dal pagamento, dell'importo del prelievo supplementare in linea con le disposizioni nazionali, così come non sono ammissibili modalità nazionali di restituzione del prelievo supplementare imputato in eccesso, differenti rispetto al dettato comunitario, la Corte di Giustizia afferma che la tutela del legittimo affidamento non rileva nel caso in questione. In tal modo sottolinea l'approccio alquanto problematico dell'ordinamento italiano in relazione al suddetto principio che si è affermato soprattutto nel diritto amministrativo, mentre non assumono particolare rilevanza gli aspetti collegati alla produzione delle norme giuridiche (S. Scoca, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, n.1-2, 2012, 21 ss.).

2. – Nel 1984, al fine di superare le eccedenze strutturali, il legislatore della CEE introduceva un regime di quote per la produzione del latte e dei prodotti lattiero-caseari disponente un prelievo supplementare sulle consegne e sulle vendite dirette eccedenti la quota nazionale. Si tratta di una disciplina, in vigore fino al 31 marzo 2015, che ha generato un numero notevole di controversie sia a livello comunitario che nazionale (V. J. O'Reilly, *Milk quotas and their consideration before the institutions of the Community of particular interest to lawyers*, in W. Heusel, A.M. Collins (ed.), *Agricultural law for the European Union*, EIPA, Treviri/Dublino, 1999, 103). In alcuni Stati membri, e specie in Italia, il sistema è stato applicato in modo inadeguato, non essendo stato costantemente garantito il prelievo supplementare dovuto sui quantitativi prodotti in eccesso. Tuttavia la sentenza in commento, nel rappresentare un ulteriore caso relativo al recupero dei prelievi supplementari non riscossi in Italia, denota chiaramente le criticità del nostro ordinamento in tema di azione amministrativa e tutela dell'affidamento legittimo.

Del resto il modello europeo affermatosi lascia l'amministrazione libera di decidere in tema di ritiro dell'atto amministrativo, purché tenga conto degli affidamenti legittimamente ingeneratosi ed agisce come limite all'ammissibilità della retroattività degli atti amministrativi (V. De Falco, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, op. cit., 293). E proprio simile impostazione, insieme alla circostanza per cui sul piano comunitario il principio abbia trovato affermazione anche nell'ambito della produzione degli atti normativi, ha determinato risultati difformi per quanto riguarda la diretta applicazione dello stesso ai procedimenti amministrativi interni. Così in alcune esperienze, ad esempio in Francia (L. Tartour, *Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français*, *RDP*, n. 2, 2013, 310), si esalta l'aspetto della certezza giuridica, in altre invece acquista maggiore rilievo l'elemento più diretto a valutare l'affidamento ingenerato nel privato dall'azione amministrativa, è il caso della Spagna (J. Rodríguez-Arana, *El principio general del derecho de cofianza legítima*, *Ciencia Jurídica*, n.2, 2013, 59-70) e dei Paesi Iberoamericani (si veda ex multis M. J. Viana Cleves, *El principio de cofianza legítima en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, 2007, 44-45), mentre in altre ancora si riconosce con difficoltà un nuovo elemento di valutazione nell'azione pubblica, come in Gran Bretagna (T. Endicott, *Administrative law*, Oxford, 2009, 279). Infine in Italia si rileva un debole richiamo al principio che non viene applicato secondo un'interpretazione autonoma.

Nel caso in oggetto il principio del legittimo affidamento non rileva quindi con tutta evidenza quale limite alla retroattività della legge. Confidando generalmente i cittadini nella stabilità della normativa vigente, a partire dalla giurisprudenza tedesca si è radicata l'idea che il legislatore non possa emanare disposizioni svantaggiose per i cittadini in fattispecie giuridiche completamente esauritesi (irretroattività propria). Mentre diversa è l'ipotesi in cui l'intervento normativo vada ad incidere su facoltà connesse a diritti preesistenti, vale a dire su fattispecie giuridiche ancora in atto (irretroattività impropria), laddove si impone un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, ossia tra le esigenze dei pubblici poteri di modifica dell'assetto normativo vigente e quello dei destinatari dell'azione pubblica che confidano, invece, nella stabilità delle loro situazioni giuridiche.

Ed invero, dato il primato del diritto europeo su quello nazionale, il contrasto tra la normativa comunitaria e quella italiana in tema di prelievo supplementare non riguarda ovviamente la successione delle leggi nel tempo né implica la ponderazione degli interessi coinvolti nella vicenda, ma attiene espressamente alle modalità di riscossione del suddetto. Secondo l'articolo 5 comma 1 del decreto n.49/2003, spetta esclusivamente agli acquirenti trattenere il prelievo supplementare, relativo al latte consegnato in esubero rispetto al quantitativo individuale di riferimento, mentre l'articolo 2 del regolamento comunitario n.3950/92 attribuisce ai medesimi la mera

facoltà di prelevare dal prezzo del latte pagato al produttore il quantum dovuto da quest'ultimo a titolo di prelievo supplementare.

Vale a dire che la normativa comunitaria, a differenza di quella italiana, distingue tra vendite dirette e consegne di latte ad un acquirente. Laddove, nella prima ipotesi, è il produttore tenuto a pagare il prelievo dovuto direttamente all'organismo competente nazionale ex art. 2 par. 3 del regolamento n. 3950/92 (sentenza del 15 gennaio 2004, *Penycoed*, C-230/01, EU:C:2004:20, punto 29), mentre, nella seconda, è l'acquirente il più idoneo a garantirne la riscossione presso i produttori, per poi versarlo all'organismo competente (sentenza 29 aprile 1999, C-288/97, *Consorzio Caseifici dell'Altopiano di Asiago*, EU:C1999:214, punto 32).

Secondo l'orientamento consolidato del giudice comunitario simile discrasia non compromette quindi l'obbligo di versamento supplementare da parte dei produttori (si veda, in tal senso sentenza 29 aprile 1999, *Consorzio Caseifici dell'Altopiano di Asiago*, op. cit., punto 19 e conclusioni dell'Avv. Generale La Pergola, 26 novembre 1996, punti 29 e 32; considerando 7 del regolamento n.1392/200; sentenza del 25 marzo 2004, C-231/00, C-303/00 e C-451/00, *Cooperativa Latte più e a.*, EU:C:2004:178, punto 75; sentenza del 24 gennaio 2018, C-433/15, *Commissione/Italia*, EU:C:2018:31, punto 62), potendo invece implicare, come sottolineato dall'Avvocato Generale esclusivamente la disapplicazione della normativa italiana (conclusioni Avv. Generale Bobek, 4 marzo 2019, punti 50 e 51). D'altronde, come precisato dal sesto considerando e dall'articolo 2, par. 1, del regolamento n.3950/92, l'obbligo di pagamento del prelievo supplementare è una conseguenza diretta del superamento della quota nazionale da parte dei produttori. Così come ex art.11, par. 1 e 2 del regolamento n.1392/2001 (recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n.3950/92) gli Stati membri devono adottare tutte le misure necessarie per garantire il pagamento del prelievo (inclusi gli interessi dovuti in caso di mancato rispetto dei termini del pagamento stesso) da parte produttori che hanno contribuito al superamento della quota nazionale, tant'è che nel caso in cui questi ultimi non adempiano e gli acquirenti non intervengano, gli Stati membri hanno la facoltà di agire direttamente contro i produttori per il recupero degli importi dovuti (sentenza 24 gennaio 2018, C-433/15, *Commissione c. Repubblica italiana* EU:C:2018:31, punto 41; sentenza del 15 gennaio 2004, *Penycoed*, op. cit., punto 41).

3. – Tra le tendenze tipiche del costituzionalismo moderno rientra certamente quella tesa ad espandere i principi privatistici, relativi alla tutela della buona fede, all'ambito dell'esercizio delle funzioni pubbliche. La certezza dei diritti diventa un argine alla definizione dell'interesse pubblico all'atto dell'adozione degli atti normativi, e si manifesta al contempo come canone di applicazione del principio di buona amministrazione. L'attività amministrativa trova così un ulteriore limite nell'affidamento che atti emanati o comportamenti tenuti abbiano ingenerato nei privati. Quando sia trascorso un certo periodo, in seguito all'adozione di un provvedimento o in conseguenza di una prassi o di un comportamento reiterato nel tempo, le situazioni giuridiche soggettive tendono quindi a consolidarsi e le aspettative si rafforzano.

Si tratta di elementi divenuti ormai fondamentali ai fini dell'esercizio delle funzioni pubbliche e chiaramente riassumibili nella tutela del legittimo affidamento. Principio questo erroneamente interpretato dal Consiglio di Stato italiano anche in relazione al rimborso dell'eccedenza versata sul prelievo supplementare in oggetto.

Del resto, a differenza dell'esperienza tedesca, la Costituzione italiana non menziona il principio, da ricollegarsi piuttosto a quello di uguaglianza ed al criterio di ragionevolezza della legge (sentenza Corte costituzionale n.211/97, in *Giur. Cost.*,

1997, 2127-2128; sentenza Corte costituzionale n.525/00, www.cortecostituzionale.it; sul punto L. Lorello, *La tutela del legittimo tra diritto interno e il diritto comunitario*, Torino, 1998, 224-234), così come, sia in dottrina che in giurisprudenza, i riferimenti all'affidamento ingenerato dall'azione amministrativa vengono per lo più espressi con l'intento di rafforzare argomentazioni in realtà fondate sui diversi canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Per la dottrina infatti la violazione del legittimo affidamento rientrerebbe nell'ambito della figura dell'eccesso di potere piuttosto che tra i vizi del procedimento. E non a caso anche la giurisprudenza amministrativa italiana riconosce il legittimo affidamento solo quando l'aspettativa degli interessati sia fondata su una prassi legittima, o comunque su circolari o fonti secondarie. Laddove si coglie appunto il collegamento tra il principio ed il vizio di eccesso di potere. Ed invero il ritiro di un provvedimento che abbia comportato l'affidamento del privato è illegittimo soprattutto perché se la pubblica amministrazione intenda disattendere una propria circolare è tenuta a motivare sufficientemente la sua decisione proprio per non incorrere nell'eccesso di potere (V. De Falco, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, op. cit.,301-302).

Nella sentenza in analisi, secondo il giudice comunitario, non si rileva in primis quindi alcuna situazione giuridica soggettiva consolidata. I criteri adottati dal giudice nazionale per attribuire il rimborso in oggetto risultano infatti totalmente divergenti da quelli disposti a livello europeo e ciò impedisce, con tutta evidenza, la formazione di un legittimo affidamento. Non rilevano cioè gli elementi tipici che rendono possibile l'applicazione, al caso di specie, del suddetto parametro di valutazione delle posizioni giuridiche soggettive, ossia: la buona fede del soggetto agente, un beneficio chiaro ed univoco, un atto stabile ed efficace nonché il trascorrere del tempo. Ed invero i criteri nazionali non si omologano alla nozione di categorie prioritarie disposte ex articolo 9 del regolamento n.1392/2001, violando ancora una volta il principio della prevalenza del diritto europeo su quello nazionale, né in ultima analisi risultano, con certezza, adottati in accordo con la Commissione europea.

In base all'articolo 2, paragrafo 4, del regolamento n. 3950/92 quando il prelievo supplementare riscosso dai produttori sia superiore rispetto al quantum dovuto, lo Stato membro può rimborsare l'eccedenza versata ai produttori che rientrino nelle "categorie prioritarie" dallo stesso fissate, in linea con i criteri tassativi disposti dall'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n.1392/2001 (posizione geografica e densità massima degli animali dell'azienda, quantitativo del riferimento individuale ed entità del superamento del medesimo, nonché il riconoscimento ufficiale, da parte dello Stato membro che la totalità o una parte del prelievo sia stata indebitamente riscossa); e solo qualora l'applicazione dei suddetti criteri obiettivi non esaurisca il finanziamento disponibile per un determinato periodo, a norma del sopracitato articolo 9, paragrafo 2, lo Stato membro può fissarne altri, previa consultazione della Commissione. Ciò premesso, la normativa italiana sul punto dispone, invece, (ex articolo 2, comma 3, del decreto legge n.157/2004 - Disposizioni urgenti per l'etichettatura di alcuni prodotti agroalimentari, nonché in materia di agricoltura e pesca) che il prelievo versato in eccesso dai produttori vada restituito, ai sensi dell'articolo 9 della legge n.119/2003 (in via prioritaria) ai medesimi che risultino in regola con i versamenti ex art. 5 decreto legge n.49/2003. Vale a dire che il legislatore italiano ha chiaramente violato le disposizioni comunitarie, poiché nessuno dei criteri elencati all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n.1392/2001 menziona una ipotesi simile. Di conseguenza, uno Stato membro non può rimborsare in via prioritaria i produttori che abbiano adempiuto al versamento del prelievo supplementare. In tal caso infatti un produttore, pur rientrando in una delle categorie prioritarie ex articolo 9, per il solo fatto di non aver adempiuto all'obbligo di versamento mensile, potrebbe usufruire del rimborso esclusivamente in via subordinata e sempre che sussistano fondi ancora disponibili.

Il riferimento del Consiglio di Stato alla tutela del legittimo affidamento non è dunque attinente, non avendo, il caso in questione, nemmeno ad oggetto un provvedimento di annullamento o revoca di un atto amministrativo. Del resto l'esigua applicazione del principio rappresenta una tendenza tipica dell'esperienza italiana anche nei procedimenti di II grado, dove si rinviene un più forte richiamo allo stesso (cfr. ex multis M. Sinisi, *Il "potere" di revoca*, in *Dir. amm.*, 2007, 625-663; G. Piperita, *Il ritiro del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca, commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 14 gennaio 2009*, n. 136, in *Gior. dir. amm.*, n.11, 2009, 1191-1199). Risultano sporadiche infatti le ipotesi in cui il giudice amministrativo italiano abbia annullato provvedimenti di annullamento o revoca soltanto sulla base del legittimo affidamento se non in taluni casi in cui è stato reputato eccessivo il lasso di tempo trascorso tra l'adozione del provvedimento e l'atto di ritiro. In prevalenza il principio viene richiamato per giustificare la ragionevolezza dell'azione amministrativa, per cui il criterio della logica diventa l'ambito di verifica delle violazioni dell'affidamento ingenerato nei destinatari dei provvedimenti (F. Merusi, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012 ss.).

Il principio non costituisce dunque un vero e proprio ostacolo alla prevalenza dell'interesse pubblico se non quando è coinvolto il diritto alla salute, o nei settori della concorrenza come nel caso degli appalti pubblici, dove rileva, secondo la giurisprudenza, in tutte le fasi dell'evidenza pubblica (L. Bertonazzi, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, n.1, 2010, 39-118). Ciò detto la sentenza in commento conferma che, anche dal punto di vista del giudice comunitario, nell'ordinamento italiano non sia ricavabile un'ipotesi applicativa consolidata dell'affidamento in occasione degli atti di ritiro. Circostanza questa che rende evidenti tutte le problematiche che ne derivano in termini di certezza del diritto come evidenziato anche dalla più recente giurisprudenza amministrativa che ribadisce le difficoltà attuative caratterizzanti il principio nell'esperienza italiana (Consiglio di Stato, sentenza n.7246/2019, www.giustizia-amministrativa.it).

Intermittenze del giudicato e responsabilità per fatto del giudice: le tensioni con il diritto ungherese

di Vincenzo De Falco

Title: The intermittence of the res judicata and the Judge's responsibility: the tensions with Hungarian law

Keywords: Remedies in EU Public Contract law; Authority of res judicata and violation of EU law; National judge's responsibility.

1. – È dall'adozione della direttiva 89/665/CEE che l'impianto normativo europeo in tema di appalti spinge gli Stati membri a garantire che gli eventuali ricorrenti possano proporre impugnazioni avverso le decisioni assunte dalle amministrazioni aggiudicatrici con procedure rapide ed efficaci. La disciplina interna dovrà articolarsi in modo da consentire ai giudici nazionali di adottare provvedimenti urgenti, annullare le decisioni illegittime, con particolare riguardo alle specifiche tecniche, economiche o finanziarie che abbiano carattere discriminatorio, fino ad accordare un risarcimento danni. L'effettiva implementazione di questi principi è da anni all'osservazione delle istituzioni europee, costantemente alla ricerca di un equilibrio tra il rispetto delle tradizioni giuridiche e la necessità di applicare il diritto euro unitario.

Il caso riguarda un'intricata ed articolata vicenda giudiziaria in cui sono affrontate le tematiche relative al rapporto tra giudicato interno ed il diritto dell'Unione, al potere del giudice nazionale di disapplicare le normative processuali interne, o disattendere l'interpretazione pregiudiziale resa dalla Corte di giustizia, al controllo di costituzionalità sulle sentenze definitive, all'obbligatorietà del giudizio di riesame del giudicato che contrasta con la disciplina sopranazionale, alla discrezionalità di un giudice interno di valutare la necessità di un ulteriore rinvio pregiudiziale, alla responsabilità dello Stato sorta in seguito a sentenze di ultimo grado, ai criteri da applicarsi nel giudizio di risarcimento dei danni per violazione dei principi di effettività ed equivalenza.

Sebbene in realtà molte delle questioni trattate non siano affatto nuove, appaiono comunque in grado di suscitare un rilevante interesse, ogni qual volta intervenga il giudice dell'Unione; perché s'inseriscono in quella linea di tendenza con cui oramai da anni la Corte di giustizia stimola progressivamente gli ordinamenti giuridici nazionali ad interpretare le azioni processuali interne in modo da poter garantire il rispetto del diritto euro unitario: vale a dire, deferenza al cospetto dell'autonomia processuale degli Stati membri, purché siano garantiti i fondamentali principi sovranazionali (così M. G. Pulvirenti, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti*

costituzionali, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2009, 377 ss.). Le ben dieci tematiche sottoposte al vaglio del giudice dell'Unione possono essere ricondotte a due macro aree: la rilevanza del giudicato interno formatosi in violazione del diritto dell'Unione europea e la responsabilità civile dello Stato per fatto del giudice.

2. – Se il contrasto tra i due ordinamenti è pacificamente risolto attraverso l'istituto della disapplicazione della disciplina nazionale, quando si passa però dalla funzione normativa a quella giurisdizionale le cose cambiano; e sono differenti anche in relazione all'esercizio della funzione amministrativa. La forza del diritto euro unitario rispetto alle sentenze passate in giudicato non registra la stessa evoluzione riservata alla funzione normativa. Il principio d'intangibilità del giudicato costituisce un elemento radicato nelle tradizioni giuridiche nazionali e la Corte di giustizia, dopo il primo tentativo di contrastare la rilevanza interna della pronuncia giudiziaria, ha successivamente adottato un diverso modello d'integrazione, maggiormente fondato su un'ottica collaborativa con gli Stati membri. L'idea di una netta prevalenza del diritto dell'Unione rispetto al giudicato interno si riscontra per una sola volta, nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo. Si tratta del famoso caso Lucchini (18.7.2008 caso C-119/2005), in cui però, la problematica della forza della sentenza definitiva era inserita nella più ampia tematica del riparto di competenze tra Unione e Stati membri; il giudicato doveva essere disapplicato perché formatosi successivamente al provvedimento della Commissione che aveva dichiarato illegittimo un aiuto di Stato.

Per molti autori è sembrato che fosse stata aperta una breccia sul tradizionale principio d'intangibilità del giudicato e che il processo d'integrazione europea si stesse evolvendo verso un modello pienamente integrazionista. I successivi orientamenti hanno drasticamente ridotto la portata innovativa della sentenza Lucchini e spostato su un diverso piano i rapporti tra il giudicato interno e la violazione del diritto dell'Unione. In *Olimpiclub* (3.9.2009, caso C-2/2008) la Corte apre ad un modello di compartecipazione: invita il giudice tributario interno a non estendere ad altri giudizi gli effetti di un giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione, se riguardano successivi periodi d'imposta. Nel caso *Asturcom* (6.10.2009, caso C-40/2008), il giudice dell'Unione offre al giudice dell'esecuzione nazionale la possibilità di sollevare d'ufficio il vizio contenuto nella sentenza passata in giudicato ed applicare la direttiva del Consiglio 5.4.1993 n. 93/13 CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. In Pizzarotti (10.7.2014 caso C-213/2013) la Corte di giustizia afferma che nella fase di esecuzione di un giudicato amministrativo, qualora tale facoltà sia riconosciuta dalle norme procedurali nazionali, il giudice può integrare o rivedere la decisione definitiva, al fine di ripristinare la conformità con la disciplina dell'Unione. Nella successiva sentenza *Klausner Holz* (11.11.2015, C-505/14) la Corte distingue tra il dedotto ed il deducibile; non chiede al giudice tedesco di disapplicare le regole nazionali in tema di giudicato, ma di trovare il modo d'interpretarle in maniera conforme al diritto euro unitario.

Quando dal piano della funzione giurisdizionale si passa a quella amministrativa le cose stanno in una maniera parzialmente differente. Gli atti amministrativi vanno infatti riesaminati se contrastano con un'interpretazione sopravvenuta della Corte di giustizia, quando il diritto nazionale conferisca agli organismi pubblici il potere di revisione. Nel caso *Kühne & Heitz*, (13 gennaio 2004, C-453/00), come anche in *Kempeter* (12.2.2008 caso C-2/2006) la Corte impone al giudice rimettente di consentire il riesame, da parte di un'autorità amministrativa, di una decisione già definitiva, proprio per effetto del contrasto tra l'interpretazione fornita dalla magistratura interna e quella sopravvenuta della Corte in un'altra controversia; a condizione che il diritto nazionale consenta all'organo amministrativo di ritornare su un provvedimento adottato in seguito ad una pronuncia giudiziaria passata in giudicato, che tale sentenza

risulti fondata su un'errata interpretazione di una norma di fonte europea e che l'interessato si sia tempestivamente rivolto all'organo amministrativo competente non appena abbia avuto conoscenza della decisione emessa in via pregiudiziale. Fra le varie soluzioni possibili, il giudice nazionale dovrà privilegiare quella che sia maggiormente coerente con la disciplina dell'Unione, in conformità al principio di effettività.

Il riesame di un atto amministrativo, che di norma costituisce una mera facoltà, diventa per lo più un obbligo, se il contrasto concerne il diritto dell'Unione europea.

3. – Il codice di procedura civile ungherese consente la proposizione di una domanda di riesame su una sentenza definitiva qualora la parte presenti elementi di fatto o di prova, o decisioni giudiziarie o amministrative definitive di cui il giudice non abbia tenuto conto nel corso del procedimento precedente, ed a condizione che siano rilevanti per la decisione finale. Questa facoltà è tuttavia concessa soltanto se la parte non sia stata in grado di proporre la questione nel corso del procedimento giudiziario che ha condotto alla formazione del giudicato. Anche in Ungheria, come nella maggior parte dei Paesi in cui la giurisdizione amministrativa si radica sull'idea dell'impugnativa di un atto entro specifici termini di decadenza, i motivi di diritto vanno individuati nel ricorso introduttivo, a pena di inammissibilità. Il sistema ungherese prevede inoltre un ulteriore strumento di garanzia, che consente di proporre istanza di riesame del giudicato qualora la *Alkotmánybíróság* (Corte costituzionale) abbia dichiarato successivamente illegittima una norma che il giudice ordinario aveva applicato nella sentenza definitiva. La magistratura ungherese sospetta che l'assenza di simili disposizioni che possano consentire il riesame del giudicato anche quando il contrasto riguardi una sentenza della Corte di giustizia costituisca un ostacolo alla piena attuazione del principio di equivalenza.

In realtà, tra i punti essenziali del caso in esame vi è la tematica relativa all'interpretazione del concetto di fatto nuovo, alla luce dell'istituto della decadenza dai motivi di diritto, quando nel corso del processo sia intervenuta in via pregiudiziale una decisione della Corte di giustizia che si sia pronunciata su una questione di diritto non tempestivamente eccepita nel processo interno.

La complessa vicenda giudiziaria inizia con l'impugnativa, da parte della *Hochtief Solutions*, del criterio di valutazione della capacità economica finanziaria delle imprese, contenuto nell'invito a presentare proposte per un appalto pubblico relativo alla realizzazione di lavori d'infrastruttura per i trasporti all'interno di un porto commerciale. Il parametro prescelto dalla stazione appaltante esclude la possibilità di partecipazione ad un candidato o un subappaltante che registri più di un risultato negativo secondo il bilancio negli ultimi tre esercizi.

La *Hochtief Solutions* eccepisce nel ricorso principale il carattere discriminatorio del criterio di valutazione; il motivo di diritto relativo all'inidoneità a valutare la situazione economico finanziaria di un'impresa viene invece proposto soltanto negli atti successivi, e considerato tardivo. La commissione arbitrale respinge l'azione proposta. Il *Fővárosi Bíróság* (Tribunale di Budapest, Ungheria) conferma la sentenza impugnata. La decisione viene appellata dinanzi alla *Fővárosi Ítéltábla* (Corte d'appello regionale di Budapest-Capitale, Ungheria), che sospende il processo e sottopone la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, che a sua volta ritiene che il requisito di un livello minimo di capacità economica e finanziaria non possa essere escluso in considerazione di un solo elemento del bilancio, mostrando quindi di condividere l'eccezione d'inidoneità del criterio adottato dalla stazione appaltante. Il giudice di appello tuttavia non segue l'interpretazione fornita dal giudice dell'Unione e conferma la sentenza di primo grado. La *Hochtief Solutions* propone ricorso per cassazione dinanzi alla *Kúria* (Corte suprema, Ungheria) avverso la sentenza della *Fővárosi Törvényszék* (Corte di Budapest-Capitale che nel frattempo era succeduta alla *Fővárosi Ítéltábla*) ed

insiste sia sul carattere discriminatorio del criterio adottato dalla stazione appaltante, che in merito alla sua inidoneità a costituire di per sé un elemento idoneo a fornire all'amministrazione aggiudicatrice un'immagine reale e obiettiva della situazione economica e finanziaria di un offerente; chiede così alla *Kúria* di adire nuovamente la Corte di giustizia con una domanda di pronuncia pregiudiziale. Il giudice supremo respinge l'impugnazione, con la motivazione che l'eccezione relativa all'inidoneità del criterio fosse inammissibile per non essere stata sollevata entro i previsti termini di decadenza. La ditta ricorrente, dopo aver tentato di ottenere dal giudice costituzionale una sentenza di annullamento della decisione della Corte suprema, adisce il *Fővárosi Közigazgatási és Munkügyi Bíróság* (Tribunale amministrativo e del lavoro di Budapest-Capitale, Ungheria) per ottenere il riesame della sentenza della *Fővárosi Törvényszék*, che a suo avviso non aveva rispettato l'orientamento espresso in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia. La *Hochtief Solutions* chiede ancora una volta al *Fővárosi Közigazgatási és Munkügyi Bíróság* di sottoporre alla Corte una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale relativa alle questioni sollevate nell'ambito del procedimento di riesame. Il Tribunale non accoglie la domanda e respinge l'azione, con la motivazione che i fatti e gli elementi di prova addotti dalla *Hochtief Solutions* non possano considerarsi nuovi, né sia possibile effettuare un riesame su motivi di diritto già analizzati nella sentenza passata in giudicato. La *Hochtief Solutions* interpone appello avverso l'ordinanza di rigetto dinanzi alla *Fővárosi Törvényszék* (Corte di Budapest-Capitale) invitandola, da un lato ad analizzare il riesame nel merito e, dall'altro, a sottoporre alla Corte una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale. Il 18 novembre 2015 la *Fővárosi Törvényszék* conferma l'ordinanza emessa in primo grado dal *Fővárosi Közigazgatási és Munkügyi Bíróság*.

3084

La vicenda giudiziaria, a questo punto, registra una nuova fase. La *Hochtief Solutions* adisce la *Székesfehérvári Törvényszék* (Corte di *Székesfehérvár*, Ungheria), con un'azione di risarcimento del danno che il *Fővárosi Törvényszék* (Corte di Budapest-Capitale) le avrebbe causato nell'esercizio della funzione giurisdizionale; sostiene di non aver avuto la possibilità di ottenere che fossero valutati i fatti e le circostanze invocati dinanzi alla commissione ed a tutti gli organi giurisdizionali aditi, in violazione del diritto dell'Unione. La *Hochtief Solutions* ritiene pertanto la magistratura interna responsabile di aver svuotato di contenuto i diritti garantiti dalle pertinenti norme del diritto dell'Unione e di non aver rispettato l'indirizzo fornito in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia. A suo avviso la pronuncia di inammissibilità del riesame richiesto sarebbe contraria sia al diritto nazionale che dell'Unione e dovrebbe configurare un'ipotesi di responsabilità dello Stato per l'esercizio della funzione giurisdizionale, quanto meno sotto il profilo delle spese sostenute, che sarebbero state restituite se il riesame fosse stato ammesso e la ricorrente fosse risultata vincitrice.

È in tale complesso contesto che la *Székesfehérvári Törvényszék* (Corte di *Székesfehérvár*), attraverso il rinvio pregiudiziale, decide di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte ben dieci questioni, con le quali, in estrema sintesi, chiede di conoscere: 1.- se l'accertamento di responsabilità di un Tribunale di uno Stato membro che emetta una sentenza in ultimo grado di giudizio in violazione del diritto dell'Unione debba fondarsi su criteri esistenti nell'ambito del diritto nazionale; 2.- se l'autorità di cosa giudicata delle sentenze che violano il diritto dell'Unione pronunciate da giudici dello Stato membro costituisca un elemento sufficiente per escludere la responsabilità per danni; 3.- se il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici possieda una rilevanza tale da indurre gli Stati membri a rendere ammissibile il riesame delle sentenze, come mezzo di impugnazione straordinaria; 4.- se i giudici nazionali possano non considerare un fatto che deve essere oggetto di esame per effetto di una sentenza della Corte di Giustizia intervenuta nella questione pregiudiziale; 5.- se è possibile per un giudice nazionale respingere un'interpretazione della Corte di Giustizia resa nel giudizio

di rinvio pregiudiziale ed emessa prima che sia pronunciata la sentenza di II grado, perché considerata tardiva nel proprio ordinamento giuridico e se, in questa ipotesi, il giudice eventualmente adito con un procedimento di riesame possa considerarlo inammissibile; 6.- se, nell'ipotesi in cui un ordinamento nazionale consenta il riesame della sentenza per conformarsi alla pronuncia della Corte costituzionale interna, lo Stato membro sia tenuto ad ammettere il riesame se non sia stato possibile tenere in considerazione una sentenza della Corte di giustizia per effetto di scadenza di termini processuali; 7.- se sia conforme al diritto dell'Unione europea un ordinamento processuale che imponga al giudice di analizzare soltanto le specifiche e dettagliate violazioni lamentate nei ricorsi in materia di appalti pubblici, attraverso la specifica indicazione di disposizioni, articoli e comma violati; 8.- se la mancanza di una disciplina dell'Unione europea sul riesame sia di per sé sufficiente a rendere legittima la sentenza di un giudice interno di ultimo grado che disattenda la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia e respinga la domanda del singolo di sollevare una questione pregiudiziale circa la necessità di ammettere il riesame, e con quale grado di dettaglio il giudice nazionale sia tenuto a motivare la sua decisione quando non ammetta il riesame e si discosti dall'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia; 9.- se i principi di effettività ed equivalenza, la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi nonché le direttive 89/665, 92/13 e 2007/66 siano compatibili con una normativa interna che non consenta ai ricorrenti di chiedere al giudice un risarcimento dei danni subiti a seguito di sentenze illegittime; 10.- da ultimo, se possa essere considerato risarcibile il danno causato dalla mancata refusione delle spese sostenute e provocato dal giudice nazionale che, disattendendo la giurisprudenza della Corte di giustizia, abbia illegittimamente dichiarato inammissibile la domanda di riesame presentata tempestivamente.

È un tassello di argomentazioni che in alcuni punti presentano un tale grado di complessità e di stretta connotazione con il pensiero e la tradizione giuridica interna che, per quanto ci si sforzi, appare talvolta difficile finanche riuscire a comprenderle (punto 102 delle conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek “*devo confessare di essere alquanto smarrito su tale punto*”).

3085

4. – In realtà, come correttamente rilevato dall'Avvocato generale, le questioni connesse alla disciplina del processo amministrativo, e più in particolare in relazione al contenuto dei ricorsi o all'obbligo d'indicare specificamente i motivi di diritto a pena di decadenza, sono problematiche che seppur di grande interesse appaiono tuttavia irrilevanti nel caso di specie, perché non strettamente pertinenti al giudizio di risarcimento; così come la richiesta di conoscere se sia conforme al diritto dell'Unione il rigetto sistematico di ricorsi proposti da un offerente escluso da una procedura di appalto pubblico che avvenga in violazione del diritto dell'Unione. È lo stesso criterio cooperativo tra Corte di giustizia e magistratura interna che demanda ai giudici nazionali il compito di verificare sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale sia la rilevanza delle questioni che sottopongono alla Corte, che a sua volta può respingere una questione pregiudiziale se è evidente che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non presenti nessuna relazione con l'oggetto della causa principale, oppure il problema sia meramente ipotetico (31 gennaio 2017, *Lounami*, C-573/14). Nonostante l'irrelevanza delle questioni, la Corte comunque fornisce un indirizzo ermeneutico, che si riscontra tra le righe della pronuncia in esame.

Nel caso di specie occorre comprendere se i principi di equivalenza e di effettività, nonché le direttive 89/665 e n. 92/13, fossero compatibili con le disposizioni di uno Stato membro che non consentano il riesame di una sentenza passata in giudicato in cui il giudice adito si sia pronunciato su un ricorso di annullamento avverso un atto di un'amministrazione aggiudicatrice senza affrontare una questione il cui esame era previsto in una sentenza resa dalla Corte nell'ambito del rinvio pregiudiziale.

L'analisi della forza del giudicato rispetto alla violazione del diritto dell'Unione in effetti registra un orientamento della Corte alquanto evidente, nelle sue linee generali: non esiste l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale, neanche per porre rimedio ad una situazione di contrasto. Nell'orientamento della Corte dunque il giudicato nazionale in sé resiste anche se reso sulla base di un'interpretazione non corretta del diritto dell'Unione, né lo Stato membro è tenuto a predisporre una disciplina nazionale che consenta la revisione dei giudizi in caso di sopravvenuto contrasto con l'ordinamento euro unitario; il riesame di una sentenza passata in giudicato potrà avvenire soltanto qualora il diritto nazionale lo consenta, e con le modalità procedurali previste, mentre fanno eccezione soltanto i casi in cui il giudicato nazionale sia in contrasto con la ripartizione delle competenze fra Stati membri ed Unione Europea.

Tuttavia i precedenti della Corte sono pertinenti al caso di specie soltanto in parte. In *Olimpiclub* (C-2/2008 cit.) la problematica verteva sulla disapplicazione del giudicato esterno al fine di evitare che le violazioni in materia di IVA, non accertate nei precedenti periodi d'imposta, potessero riproporsi anche su esercizi successivi ed oggetto di giudizi pendenti. Nei casi Pizzarotti (C-213/13, cit.) e *Târșia*, (6 ottobre 2015, C-69/14), si enfatizzava, invece, la possibilità, in sede di giudizio di ottemperanza, di ovviare alla definitività di una precedente decisione emanata in contrasto con il diritto dell'Unione europea, attraverso il ricorso al giudicato a formazione progressiva. Ancora, nella sentenza *Klausner Holz* (C-505/14, cit.), è stata ritenuta contraria al principio di effettività una norma di diritto nazionale volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata che “*impedisca al giudice nazionale, il quale abbia rilevato che i contratti oggetto della controversia sottopostagli costituiscono un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, attuato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, di trarre tutte le conseguenze di questa violazione a causa di una decisione giurisdizionale nazionale, divenuta definitiva, con cui, senza esaminare se tali contratti istituiscano un aiuto di Stato, è stata dichiarata la loro permanenza in vigore*” (punto 46).

Il giudice dell'Unione distingue quindi gli effetti interni da quelli esterni. In particolare, la forza di una sentenza definitiva in contrasto con il diritto dell'Unione europea si attenua nelle controversie tra le stesse parti che abbiano ad oggetto altri aspetti del rapporto giuridico. Il giudicato, sebbene non sarà più sindacabile nei rapporti interni tra le parti, non possiede però la capacità di determinare un vincolo in altri rapporti esterni tra le stesse parti, poiché questa forza consentirebbe di proseguire nella violazione del diritto dell'Unione Europea (sul tema E. D'Alessandro, *La Corte di giustizia si esprime di nuovo sul rapporto tra giudicato nazionale e aiuti di Stato*, in *Foro it.*, 2016, IV, 47). La giurisprudenza della Corte riconosce il carattere dell'intangibilità del giudicato e degli istituti della decadenza come meccanismi per garantire la stabilità dei rapporti giuridici, ed in base al principio di autonomia procedurale, riserva agli ordinamenti interni il compito di predisporre sistemi per la revisione delle sentenze definitive attraverso le rispettive discipline processuali.

Per effetto della costante tendenza ad implementare il principio di effettività la Corte di giustizia invita tuttavia gli Stati membri ad interpretare le proprie normative sul riesame delle pronunce giudiziarie passate in giudicato in modo quanto più ampio possibile, favorendo l'applicazione del diritto dell'Unione anche quando la violazione sia stata commessa da un giudice di ultimo grado. Se è dunque vero che l'interpretazione delle norme applicate ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione non obblighi un organo giurisdizionale interno a riesaminare una sentenza definitiva, è altrettanto pacifico che tra le varie soluzioni fornite dal diritto interno, il giudice nazionale dovrà far prevalere la possibilità di ritornare su una *res judicata* per rendere la situazione compatibile con il diritto sovranazionale (Sul tema G. Lo Schiavo, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Riv. it. dir. pubbl.*

comunitario, 2010, 287 ss.; C. Di Seri, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, 2836); è il giudice che dovrà spingersi a verificare la gravità della violazione del diritto dell'Unione ed assumersi la responsabilità di porre in discussione il giudicato anche attraverso la disapplicazione della disciplina processuale interna (G. Serges, *Il giudicato pregiudicato? Dalla certezza alla flessibilità* in M.G. A. Apostoli (cur.), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, 39 - 78).

Il punto nodale della controversia in esame sta proprio nella rigidità con la quale la magistratura ungherese ha ritenuto che la ditta ricorrente fosse decaduta dal motivo di diritto relativo all' inidoneità del criterio predeterminato dalla stazione appaltante.

Di norma la mancata attivazione dei rimedi processuali a disposizione della parte impedisce la disapplicazione di una regola che introduce una preclusione, anche quando tale operazione conduca ad un risultato conforme al diritto dell'Unione. Secondo il principio di equivalenza, tuttavia, nell'ipotesi in cui nell'ordinamento giuridico interno manchino specifici rimedi, una parte potrebbe beneficiare della disapplicazione di una norma processuale dalla quale derivi la formazione del giudicato solo se, pur essendosi attivata per far valere un diritto di fonte europea, non vi sia riuscita a causa delle modalità procedurali interne, che abbiano reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del suo diritto (7 agosto 2018, *Hochtief*, causa C-300/2017). Anche nel caso Lucchini, la Corte aveva enfatizzato il fatto che l'impresa non avesse impugnato la decisione della Commissione, pur avendo una chiara legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 263 TFUE. L'inerzia della parte nell'attivare un rimedio giurisdizionale previsto sia nel diritto interno che nell'ordinamento dell'Unione non potrebbe pertanto essere sanata attraverso l'istituto della disapplicazione di una decisione definitiva sfavorevole, anche qualora questa si ponga in contrasto con le regole sovranazionali.

Nel caso di specie, la ricorrente aveva tempestivamente impugnato il criterio predeterminato dalla stazione appaltante innanzi alla commissione arbitrale. Una volta che nel procedimento era intervenuta la pronuncia della Corte di giustizia che aveva condiviso l'impostazione difensiva della *Hochtief Solutions* sull'inidoneità del criterio ad accertare la situazione economico finanziaria dell'impresa, il giudice nazionale aveva due possibilità: o disapplicare la normativa interna sulle decadenze processuali, o ricondurre l'eccezione di inidoneità del criterio a quella relativa al carattere discriminatorio, tempestivamente sollevata; e ciò soprattutto per effetto del disposto dell'art. 267 TFUE che impone al giudice del rinvio di dare piena attuazione alla decisione della Corte. D'altronde, nel panorama comparatistico la giurisdizione del giudice amministrativo registra una frequente tendenza ad abbandonare l'idea del sindacato stretto sull'atto amministrativo, per evolversi verso l'analisi del rapporto giuridico tra privati e pubblica amministrazione, a partire dalla possibilità, offerta al giudice francese, di sollevare d'ufficio i motivi di diritto non precisati dal ricorrente.

La seconda soluzione ipotizzata avrebbe consentito alla magistratura ungherese di rispettare l'orientamento espresso in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia, finanche senza dover necessariamente disapplicare la normativa interna, evitando così fin dall'inizio la possibilità che potesse formarsi un giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione.

5. – Il diritto al risarcimento che derivi dalla responsabilità civile di un organo giudiziario di uno Stato membro per danni arrecati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione è possibile purché siano soddisfatte le tre condizioni fissate dalla giurisprudenza della Corte: la norma violata deve aver conferito specifici diritti a singoli individui che invochino un ristoro dei danni, l'inosservanza deve essere sufficientemente qualificata ed occorre il nesso causale diretto tra la violazione e il danno subito (v. in tal senso, sentenze del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, C-46/93 e C-48/93; *Köbler*, 30

settembre 2003, C-224/01, e *Tomášová* del 28 luglio 2016, C-168/15. Sul tema E. Scoditti, «*Francovich*» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.* 2004, IV, 3 ss.). Quando il mancato rispetto del diritto euro unitario avviene per effetto di una sentenza passata in giudicato, la responsabilità del giudice può sorgere solo nel caso eccezionale in cui la violazione del diritto applicabile sia manifesta, e quindi non più passibile d'interpretazione di conformità tra gli ordinamenti (*Köbler*, C-224/01, cit., e *Traghetti del Mediterraneo*, 13 giugno 2006, C-173/03).

Il tema registra diverse tensioni con gli Stati membri. In Paesi come l'Italia o la Francia la responsabilità per fatto del giudice è tradizionalmente sottoposta a condizioni piuttosto restrittive. Entrambi gli ordinamenti richiedono che vada accertato il dolo o la colpa grave, che assume la forma del *faute lourde* nel caso francese, mentre l'accertamento dell'elemento soggettivo non appare tra i criteri predeterminati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che si sofferma piuttosto sulla gravità della violazione del diritto euro unitario e sul nesso causale. Alcuni intravedono in questa discrasia una violazione del principio di uguaglianza, altri riconducono questa ipotesi di violazione del diritto dell'Unione alla più ampia categoria dell'illecito dello Stato in senso proprio. Per effetto della legge 18/2015, in Italia l'indagine sul requisito soggettivo della colpa grave del magistrato racchiude oggi anche la violazione manifesta del diritto euro unitario, così come il mancato rinvio pregiudiziale o l'inosservanza dell'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia. La Francia invece, nell'identificazione del *faute lourde* e del *déni de justice*, continua a distinguere la violazione del diritto interno da quello dell'Unione e mostra la tendenza a circoscrivere la responsabilità del giudice ad ipotesi alquanto eccezionali, quando l'illecito concerne il diritto euro unitario (*Assemblée plénière de la Cour de cassation, arrêt SNC Lactalis Ingrédients* du 18 novembre 2016).

Dall'Unione europea proviene un indirizzo giurisprudenziale piuttosto chiaro: il giudice nazionale investito della richiesta di risarcimento dei danni dovrà valutare quanto sia chiara e precisa la disposizione violata, se ed in quale misura l'ordinamento giuridico interno possieda margini di adattamento, se la violazione sia intenzionale, se l'errore di diritto appaia scusabile ed in quale misura le istituzioni dell'Unione europea abbiano potuto concorrere all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto euro unitario; occorre infine verificare i motivi per i quali non sia stato disposto il rinvio pregiudiziale e quanto la decisione finale sia in contrasto con gli orientamenti consolidati della Corte. Questa è l'analisi che il giudice del rinvio dovrà effettuare sulla decisione finale adottata dalla *Fővárosi Törvényszék* (Corte di Budapest-Capitale). Specificamene però la Corte di giustizia fissa il principio in base al quale il diritto dell'Unione europea osta ad una norma di diritto nazionale che, escluda, in via generale, dai danni risarcibili le spese cagionate ad una parte dalla decisione del giudice interno adottata in contrasto con l'ordinamento giuridico sovranazionale; è infatti evidente che una tale limitazione potrebbe rendere eccessivamente difficile o addirittura impossibile ottenere un adeguato risarcimento del danno subito.

Il caso *Pastörs v. Germany*: un nuovo tassello nell'inquadramento delle multiformità del negazionismo in Europa

di Marta Tomasi

Title: *Pastörs v. Germany*: a further step in framing the multifaceted phenomenon of negationism in Europe

Keywords: Negationism; Holocaust; Freedom of expression; Parliamentary immunities; Political speech.

1. – Sono trascorsi più di 70 anni dalla chiusura di una delle più drammatiche pagine della storia europea e, con lo sbiadire della memoria, riaffiora carsicamente la questione relativa al rispetto e alla considerazione dovuta da parte della contemporaneità nei confronti del nostro passato.

In particolare, la delicata e infinitamente dibattuta questione del “negazionismo” (termine introdotto da H. Rousso, *Le Syndrome de Vichy: De 1944 à nos jours*, Parigi, 1987, p. 166) ha interessato i legislatori e le corti di numerosi paesi dell’Unione europea e, in più occasioni, anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Da almeno un ventennio, infatti, si indaga la possibilità di arginare l’atteggiamento di chi nega la realtà e la portata della Shoah o di altri crimini contro l’umanità, senza che da questo processo escano definitivamente compromessi i principi di libertà e pluralismo che costituiscono la base degli ordinamenti democratici (G.E. Vigevani, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 4, 2014, 1-25). Si discute di tale problema ai margini di un cortocircuito di portata rilevante, di un “paradosso della tolleranza” (P. Lobba, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *RIDPP*, 4, 2014, 1815 ss.), poiché si tratta di mettere a confronto due perni delle moderne democrazie occidentali: da una parte, interi sistemi costituzionali sono stati costruiti perché quel che era appena accaduto non potesse riaccadere (Togliatti, 11 marzo 1947, nella seduta pomeridiana, l’Assemblea Costituente); dall’altro, gli stessi sistemi si sono fondati sulla negazione delle limitazioni agli ideali di libertà perpetrate negli anni precedenti e, quindi, principalmente, sull’affermazione del pluralismo e sul riconoscimento della libertà di espressione quale «pietra angolare dell’ordine democratico» (Corte cost., sent. 84/1969) e «cardine di democrazia nell’ordinamento generale» (Corte cost., sent. 126/1985).

Il tema delle “democrazie che si difendono” (*wehrhafte* o *streitbare Demokratie*), pare di tutta attualità, soprattutto a fronte delle contemporanee distorsioni di alcuni dei

loro principi fondanti, determinate anche dalla crescente diffusione di populismi e sovranismi. Non stupisce, quindi, il risultato di alcuni studi che segnalano un recente incremento del fenomeno del cd. revisionismo “olocaustico”: esso sarebbe in crescita in alcuni Paesi dell’Unione europea – in particolare in Polonia, Ungheria, Croazia e Lituania – dove l’atteggiamento dei governi sembra, per alcuni versi, tendere verso l’obiettivo di modificare la percezione e il ricordo dell’Olocausto (il riferimento è a uno studio svolto nell’ambito dell’*Holocaust Remembrance Project*, realizzato con il supporto della Yale University, del Grinnell College e della European Union of Progressive Judaism. È significativo notare, peraltro, che il report conclusivo del progetto, pubblicato il 25 gennaio 2019, riferisce di una situazione problematica anche in Italia).

Negli anni più recenti, la tendenza generale che si può riscontrare, a fronte del crescente aumento di fenomeni non solo antisemiti, ma razzisti in generale, muove verso una progressiva limitazione della libertà di espressione. Pur mediante soluzioni differenziate, in effetti, l’obiettivo di contrasto di tali reviviscenze ha portato a introdurre strategie repressive, di frequente attuate con gli strumenti del diritto penale (E. Fronza, *The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue between Law and Memory*, *Vermont Law Review*, 30, 2006 e, in risposta, P. Bloch, *Response to Professor Fronza’s the Punishment of Negationism*, *Vermont Law Review*, 30, 2006).

Nel mondo sono oggi numerosi gli Stati che puniscono – pur secondo differenti declinazioni e con differenti criticità che inficiano in maniera sensibile l’apparente convergenza – comportamenti di stampo negazionista: in questo senso si collocano, per portare alcuni esempi, le legislazioni più note di Austria (legge 26 febbraio 1992, 3, lett. h), Belgio (legge 23 marzo 1995), Francia (Loi 90-615 del 13 luglio 1990), Germania (130.3 StGB), Spagna (art. 510 c.p.), Svizzera (art. 261-bis c.p.) e, più di recente l’Italia (l.n. 115/2016), ma anche quelle di Grecia (l. 927/1979 modificata dalla l. 4285/2014), Israele (l. 8 luglio 1986, n. 5746), Liechtenstein (art. 283 c.p.), Lussemburgo (art. 457-3 c.p.), e numerosi paesi dell’ex blocco sovietico (Polonia, l. 18 dicembre 1998, artt. 1 e 55; Romania, ordinanza di emergenza n.31 del 13 marzo 2002; Repubblica Ceca, art. 261a c.p.; Repubblica Slovacca (art. 424a c.p.) (su questi paesi, in particolare, N. Koposov, *Memory Laws, Memory Wars: The Politics of the Past in Europe and Russia*, Cambridge, 2018 e U. Belavusau, *Freedom of Speech: Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, Londra, 2013. Più in generale, J. Luther, *L’antinegazionismo nell’esperienza giuridica tedesca e comparata*, in DPCE, 3, 2008, 1193-1222 e L. Cajani, *Diritto penale e libertà dello storico*, in G. Resta, V. Zeno Zencovich (eds), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012).

Nell’ordinamento dell’Unione europea queste scelte sono state cristallizzate e insieme promosse, come noto, dalla decisione quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008 (in GU L 328 del 6 dicembre 2008. Per un’analisi, L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009), la quale ha impegnato gli Stati membri ad adottare una normativa sanzionatoria con riguardo all’apologia, alla negazione o alla minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio generalmente intesi e dei crimini nazisti, purché essi possano essere considerati idonei a istigare alla violenza o all’odio nei confronti di un gruppo definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all’ascendenza e all’origine nazionale o etnica (art. 1, lett. c) e lett. d)). Questo intervento, che pure contiene un riferimento diretto a tali comportamenti, segna evidentemente un significativo punto di passaggio circa il ruolo dell’ordinamento sovranazionale che «assurge a tutore dei valori identitari dello spazio pubblico europeo» (C. Caruso, *L’hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2017, p. 973).

La Corte Europea dei diritti dell’Uomo, per parte sua, si è trovata più volte di fronte all’esigenza di risolvere il contrasto fra la criminalizzazione delle espressioni negazioniste e la libertà di espressione, protetta tanto dalla Convenzione, quanto dalle

carte costituzionali degli stati membri del Consiglio d'Europa (P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime*, in *European Journal of International Law*, 26(1), 2015, 237-253; C.M. Cascione, *Negare le ingiustizie del passato: libertà o divieto?*, in G. Resta, V. Zeno Zencovich (eds), *op. cit.*, 447-461).

Nonostante, in via generale, la Corte EDU abbia riconosciuto una protezione piuttosto ampia alla libertà di espressione, è proprio in riferimento ai comportamenti negazionisti che tale giurisdizione ha applicato uno standard più rigoroso facendo di frequente prevalere altri valori, così come consentito dalla tecnica di ponderazione imposta dall'art. 10 della Convenzione. La latitudine della libertà di espressione è tracciata, nei suoi termini generali, nel caso *Handyside* (*Handyside v. United Kingdom*, ric. n. 5493/72, 7 dicembre 1976): la Corte ha ivi riconosciuto che tale libertà non debba estendersi unicamente alle statuizioni attorno alle quali si coaguli un consenso maggioritario, ma possa essere funzionale a proteggere anche quelle esternazioni che «offend, shock or disturb the State or any sector of the population» (§49). Tale sostanziale rifiuto di limitazioni di natura contenutistica alla libertà, che vorrebbe far dipendere il *quantum* della tutela dal bilanciamento svolto in concreto alla luce delle circostanze del caso, è di frequente stato smentito in relazione a manifestazioni razziste, xenofobe o comunque offensive delle minoranze.

La ormai ultra-trentennale giurisprudenza della Corte, dedicata al complesso bilanciamento fra libertà di espressione e altri valori di rilevanza convenzionale, non ha interessato solo i casi di negazionismo di «verità storiche definitivamente acclamate, come l'Olocausto», che rappresentano pilastri fondativi del sistema della Convenzione (*Marais v. Francia*, ric. n. 31159/96, 24 giugno 1996), ma una serie più ampia di condotte che si sostanziano in forme di negazione, grossolana banalizzazione, giustificazione, distorta qualificazione e che si rivolgono, attraverso vari mezzi, a diversi genocidi di cui la storia è stata testimone o ad altri crimini contro l'umanità. Così, *Witzsch v. Germany* (ric. n. 7485/03, 13 dicembre 2005) riguardava una lettera privata nella quale si mettevano in dubbio le responsabilità di Hitler e del suo partito nello sterminio degli ebrei; *Perinçek v. Suisse* (ric. n. 27510/08, 17 dicembre 2013) aveva ad oggetto la qualificazione dei crimini contro il popolo armeno nei termini di un genocidio e, di recente, *Williamson v. Germany* (ric. n. 64496/17, 8 gennaio 2019) ha considerato forme più «classiche» di negazione dell'Olocausto, rese però nel contesto di uno show televisivo.

Il recente caso *Pastörs v. Germany* (ric. n. 55225/14, 3 ottobre 2019), incentrato su espressioni di carattere negazionista esternate in sede parlamentare, integra ulteriormente il quadro.

Nei prossimi paragrafi si procederà a descrivere criticamente il caso, cercando di collocarlo all'interno della produzione giurisprudenziale della Corte EDU in materia. Ci si avvarrà, poi, dell'analisi comparata che – pur limitandosi agli ordinamenti che più significativamente si sono interrogati sulla questione – fa emergere consonanze e dissonanze necessarie per tracciare il contesto generale entro cui si colloca questa nuova pronuncia della Corte EDU e per comprenderne alcuni elementi chiave di sviluppo.

2. – Nel caso in analisi, il ricorso era stato presentato alla Corte di Strasburgo il 30 luglio 2014 da Udo Pastörs, noto esponente del Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD), partito dell'estrema destra tedesca. Secondo il ricorrente, la condanna penale che aveva subito in Germania, in ragione di alcune sue dichiarazioni rese nel 2010, sarebbe stata in contrasto con la libertà di espressione sancita dall'art. 10 della Convenzione. Inoltre, la Corte tedesca che lo aveva condannato avrebbe agito in maniera non imparziale, essendo coinvolto nel collegio giudicante un magistrato legato

da rapporto di coniugio con una delle giudici coinvolte nel processo di primo grado. Tale aspetto del ricorso, e la conseguente parte della decisione della Corte Europea dei diritti dell’Uomo – che non ha comunque ritenuto integrata alcuna violazione della Convenzione – esula dal focus essenziale del presente commento, incentrato sulla delicata e complessa questione dei limiti cui può essere sottoposta la libertà di espressione nelle moderne democrazie.

Secondo quanto ricostruito dai giudici, in occasione del giorno della memoria, presso il Landtag del Mecklenburg-Vorpommern, erano stati organizzati alcuni eventi, ai quali i rappresentanti del gruppo parlamentare dell’NPD non avevano preso parte. Il giorno successivo, in qualità di membro del Landtag, nell’ambito di un discorso intitolato “In memory of the victims of the worst disaster in German maritime history – Commemoration of those who died on the *Wilhelm Gustloff*”, il ricorrente aveva affermato quanto segue: «With the exception of the groups whose cooperation you have bought, hardly anyone is truly, emotionally taking part in your theatrical display of concern. And why is that? Because people can sense that the so-called Holocaust is being used for political and commercial purposes [*der sogenannte Holocaust politischen und kommerziellen Zwecken dienbar gemacht wird*]... Since the end of the Second World War, Germans have been exposed to an endless barrage of criticism and propagandistic lies – cultivated in a dishonest manner primarily by representatives of the so-called democratic parties, ladies and gentlemen. Also, the event that you organised here in the castle yesterday was nothing more than you imposing your Auschwitz projections [*Auschwitzprojektionen*] onto the German people in a manner that is both cunning and brutal. You are hoping, ladies and gentlemen, for the triumph of lies over truth [*Sieg der Lüge über die Wahrheit*]».

In ragione di queste affermazioni – in base alle quali l’Olocausto sarebbe stato oggetto di sfruttamento politico e commerciale e gli eventi organizzati avrebbero avuto lo scopo di imporre pubblicamente una *proiezione* dell’esperienza di Auschwitz che farebbe prevalere le bugie sulla verità – il ricorrente era stato condannato in via definitiva a otto mesi di carcere per violazione della memoria dei defunti e diffamazione, rendendosi colpevole di quei comportamenti che sono stati definiti come «una lesione *post mortem* della personalità delle vittime» (J. Luther, op. cit., 1221).

Secondo la Corte d’appello (Landgericht Schwerin), in particolare, le esternazioni del ricorrente avrebbero sottinteso che lo sterminio degli ebrei nel campo di Auschwitz non avrebbe mai avuto luogo o, almeno, non sarebbe avvenuto nei modi tradizionalmente ricostruiti dagli storici, determinandosi così una negazione qualificata (*qualifizierte Auschwitzleugnung*) dello sterminio di massa avvenuto ad Auschwitz nel corso del Terzo Reich; le condotte del ricorrente, insomma, avrebbero rappresentato una manifestazione del fenomeno del negazionismo, inteso come la più recente manifestazione di una antichissima storia di antisemitismo, finalizzata a «minare la legittimazione dell’ebreo nel mondo, il suo diritto di esistere, la sua personale ‘autocomprensione’» (D. Bifulco, «Che cos’è la verità?» *Il silenzio di Gesù, l’eloquenza del diritto e le soluzioni delle democrazie contemporanee in tema di negazionismo*, in F.R. Recchia Luciani, L. Patruno (a cura di), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, 2013, p. 19).

In particolare, le norme penali sulle quali il Landgericht Schwerin ha fondato la condanna sono stati i §§ 187 (diffamazione intenzionale) e 189 (vilipendio della memoria dei defunti) dello Strafgesetzbuch, restando invece escluso il riferimento al §130, relativo all’incitamento all’odio.

Nel caso in questione un elemento centrale, ovviamente, la peculiare posizione del ricorrente e dunque il suo status di membro dell’assemblea legislativa del Land, che lo rende titolare di specifiche prerogative. La decisione in analisi, in effetti, rileva proprio perché concernente una particolare categoria di forme di espressione: le

opinioni espresse in sede parlamentare, generalmente tutelate da un complesso di istituti – variamente denominati e caratterizzati da diverse estensioni e divergenti strategie applicative – che ruotano attorno all'affermazione dell'autonomia e dell'indipendenza degli organi parlamentari. In Germania, l'art. 46 del Grundgesetz concede ai membri del Bundestag due tipi di prerogative: l'irresponsabilità parlamentare, cioè l'insindacabilità (*Indemnität*) e l'immunità processuale penale, ossia l'inviolabilità (*Immunität*). Queste due garanzie sono riprese rispettivamente dai commi 1 e 2 dell'art. 24 della Costituzione del Land Mecklenburg-Vorpommern ed estese ai componenti del Landtag. Il ricorrente, tuttavia, in relazione ai fatti di cui in causa, non poteva invocare alcuna di queste prerogative. Quanto alla prima, è significativo notare che in Germania, e nel Land di conseguenza, la regola generale, in base alla quale l'insindacabilità copre – qualora ne sussistano i presupposti di luogo e funzione – qualunque espressione resa dal parlamentare, soffre una significativa restrizione poiché è previsto che essa non si applichi ai casi di offesa e diffamazione («Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen»). La seconda forma di garanzia, invece, era stata revocata dal Landtag, rendendolo pienamente esposto a responsabilità.

Il governo tedesco sosteneva che le opinioni espresse dal richiedente – traducibili in una negazione dell'Olocausto – dovessero essere considerate in contrasto con il testo e lo spirito della Convenzione e che, pertanto, applicando l'art. 17 della stessa, in virtù – come si vedrà – del cd. “effetto ghigliottina” della clausola sull'abuso di diritto (G. Cohen-Jonathan, *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 46, 2001, p. 676), non si potesse invocare l'art. 10 a protezione delle dichiarazioni rese. In subordine, comunque, avviso dei resistenti, il ricorso sarebbe comunque risultato infondato perché la condanna penale intervenuta a carico del ricorrente avrebbe costituito un'interferenza del tutto giustificata ai sensi dell'articolo 10, §2 della Convenzione. I tribunali nazionali, infatti, avevano valutato in modo esauriente il caso in fatto e in diritto e avevano argomentato approfonditamente le loro decisioni, ragionando, in particolare, sul motivo per cui le dichiarazioni rese dovessero essere considerate come integranti una forma di negazione dell'Olocausto. Inoltre, il fatto che il comportamento fosse stato attuato all'interno del Parlamento regionale non avrebbe in alcun modo alterato la sostanza dei fatti.

Per contro, il ricorrente lamentava che i giudici nazionali avessero male interpretato le sue dichiarazioni, decontestualizzando alcune espressioni, senza tener conto del discorso nella sua interezza. L'intento delle sue esternazioni, infatti, non sarebbe stato quello di sminuire le sofferenze del popolo ebraico, quanto, piuttosto, di criticare la cultura della memoria costruita dall'ordinamento tedesco e onorare anche le sofferenze delle vittime tedesche. Inoltre, il ruolo istituzionale ricoperto, sarebbe stato un elemento utile a imporre uno scrutinio particolarmente rigoroso rispetto a qualunque interferenza con il diritto alla libera manifestazione del pensiero.

3. – Per comprendere come la decisione della Corte si inserisca nella sua ampia giurisprudenza sul tema, è necessario fare riferimento alle diverse “stagioni” nelle quali può essere suddivisa l'attività della Corte e, in particolare, al differente utilizzo fatto nel tempo, di due strumenti: da un lato, la categoria dell'abuso di diritto, prevista dall'art. 17 della Convenzione e, dall'altro, la tecnica di bilanciamento proposta dall'art. 10, §§1 e 2 (P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights*, cit., 240 ss.). Dopo una prima fase, risalente agli anni '80, nella quale alcuni sporadici casi sono stati decisi dall'allora Commissione per i diritti umani facendo leva sui principi generali della libertà di espressione di cui all'art. 10, senza che si chiamasse in causa l'art. 17, quest'ultimo ha preso progressiva forza argomentativa, facendosi sempre più dirimente. Inizialmente, tale ultima norma è stata impiegata come ausilio interpretativo all'interno

di ragionamenti comunque condotti alla luce dell'art. 10. Il primo passaggio è stato quello di estendere la "capacità" di questa norma letteralmente rivolta a condotte volte alla «distruzione dei diritti o delle libertà» convenzionali, ma applicata, nel corso del tempo, anche a quelle che contrastino con i valori fondamentali sottesi alla Convenzione e, cioè, «al testo e allo spirito» della stessa (ECtHR, *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, ric. n. 12194/86, 12 maggio 1988).

Questi primi richiami alla clausola dell'abuso di diritto si sono progressivamente rinforzati, per confluire in un'ampia corrente giurisprudenziale (ripercorsa da C. Caruso, *op. cit.*, 967) che fa affidamento diretto sul cd. "effetto ghigliottina" prodotto dalla clausola di abuso di cui all'art. 17, attuando una categorica esclusione di una determinata classe di discorsi dalla tutela di cui all'art. 10 della Convenzione. L'applicazione più chiara di questa logica si è avuta nel celebre caso del filosofo Roger Garaudy, il cui libro conteneva una serie di affermazioni che erano state considerate dalle corti francesi una forma di negazionismo dell'Olocausto, di diffamazione razziale e di incitamento all'odio. Secondo la Corte EDU, la negazione di fatti storicamente accertati, come quello che era in questione, mina alle fondamenta i valori sui quali si basano la lotta al razzismo e all'anti-semitismo, costituendo una minaccia per l'ordine pubblico e, pertanto, rivelandosi incompatibili con la democrazia e la tutela dei diritti fondamentali. Considerato il taglio «marcatamente revisionista del libro», i giudici hanno ritenuto le affermazioni del ricorrente contrarie ai valori della giustizia e della pace, hanno applicato l'abuso di diritto e rigettato il ricorso in quanto incompatibile, *ratione materiae*, con la Convenzione (*Garaudy v. France*, cit.). Si può argomentare che questo approccio sia stato utilizzato in ragione della connotazione razzista o antisemita della condotta dell'autore, carattere aggiuntivo alla mera negazione che renderebbe l'espressione evidentemente contraria allo spirito della Convenzione. Tale argomento, in realtà, è superato dal riferimento a un altro caso (*Witzsch v. Germany*, cit.) nel quale l'art. 17 viene applicato a una condotta volta non a negare l'esistenza dello sterminio degli ebrei, ma a contestare le responsabilità di Hitler e del suo partito, ritenendosi che anche questa mostrasse un grado sufficiente di disprezzo nei confronti delle vittime, pur non essendo stato identificato, secondo i giudici, alcun intento razzista o filonazista. A partire dai primi anni 2000 l'art. 17 è divenuta il riferimento (pur con alcune eccezioni) non solo per la soluzione di casi riguardanti il negazionismo della Shoah, ma anche altre forme di *hate speech*, inteso in senso ampio, comprendente, ad esempio, manifestazioni antisemite e islamofobiche (per esempio, *Norwood v. United Kingdom*, ric. n. 23131/03, 16 novembre 2004 e *M'Bala M'Bala v. France*, ric. n. 25239/13, 20 ottobre 2015). L'applicazione dell'art. 17, insomma, ha giocato, in particolare, in questa fase della giurisprudenza della Corte, un ruolo preponderante, estendendosi oltre i confini della memoria dell'Olocausto fino a coprire la negazione, la giustificazione e la glorificazione di altri crimini internazionali (P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights*, cit., 249).

La più recente stagione giurisprudenziale, specialmente con riferimento ad accadimenti storici diversi dalla Shoah, vede un'inversione di tendenza e una reviviscenza dell'applicazione del test triadico inaugurato con Handyside, in base al quale qualunque espressione, anche odiosa, è passibile, almeno in potenza, di incontrare la protezione della Convenzione. Seguendo questa logica, la Corte procede a verificare che le misure restrittive siano previste per legge, che perseguano fini legittimi e che si pongano in un rapporto di necessaria strumentalità rispetto all'esistenza di una società democratica (C. Caruso, *op. cit.*). Questo approccio pare emergere, in particolare, dal caso Perinçek, relativo alla qualificazione dei crimini contro il popolo armeno nei termini di un genocidio. In questo caso, la Corte evidenzia che misure restrittive contro forme di negazione diverse da quelle rivolte contro l'Olocausto non possono attrarre automaticamente l'"effetto ghigliottina" prodotto dall'applicazione dell'art. 17 che

continua, però, ad operare in riferimento alle condotte volte a provocare odio o violenza (*Perinçek v. Suisse*, cit.). Il valore tutelato, dunque, non pare essere “solo” quello del rispetto dovuto alla memoria delle atrocità naziste, ma anche un’esigenza di costruzione di un’identità europea fondata su valori condivisi. Il caso *Perinçek*, infine, ha segnato una svolta anche dal punto di vista metodologico, che ha prodotto effetti – come si vedrà – anche nella sentenza che si va annotando: la decisione della Corte in questo caso non ha preso le mosse da valutazioni di natura aprioristica e generale, ma ha considerato le peculiarità della situazione concreta per verificare se la condanna penale potesse essere considerata come una interferenza con la libertà di espressione.

In sintesi, dunque, i filoni interpretativi seguiti dalla Corte possono essere ricondotti a due tendenze principali. La prima è quella che vede la collocazione delle affermazioni negazioniste e giustificazioniste al di fuori della tutela convenzionale, attraverso il richiamo all’*abuse clause* di cui all’art. 17. In questo caso, talune espressioni sono escluse, sulla base del loro contenuto, dall’alveo della libertà tutelata dalla Convenzione. La seconda, invece, richiede l’applicazione dei tre passaggi valutativi individuati con la sentenza *Handyside* e, dunque, la verifica concreta della proporzionalità dell’intervento nazionale nel bilanciamento fra libertà di espressione e interessi concorrenti. Cercando di individuare linee di convergenza nella magmatica giurisprudenza della Corte EDU, pare che l’automatica applicazione del meccanismo esclusivo derivante dall’art. 17 non operi nel caso in cui siano in discussione affermazioni riguardanti fatti sui quali non possano ancora dirsi formate verità storiche di natura incontrovertibile e intorno ai quali sia ancora vivo il dibattito storiografico (*Lehideux and Isorni v. France*, ric n. 24662/94, 23 settembre 1998), quando non si tratti di negazione del fatto storico, ma piuttosto della contestazione circa la sua qualificazione, in mancanza di un inequivocabile riconoscimento internazionale (*Perinçek v. Suisse*, cit.) o nei casi in cui il discorso d’odio non superi una certa soglia di gravità (*Soulas and Others v. France*, ric. n. 15948/03, 10 luglio 2008 o *Féret v. Belgium*, ric. n. 15615/07, 16 luglio 2009).

4. – Pur non rientrando nelle descritte casistiche, la Corte, nel caso in analisi, si riferisce anzitutto alla natura eccezionale dell’art. 17, il quale trova applicazione solo in casi estremi («applicable on an exceptional basis and in exceptional cases», §37) quando le esternazioni contestate siano palesemente volte a sviare l’art. 10 dal suo reale significato, strumentalizzando il richiamo al diritto alla libertà di espressione per fini chiaramente contrari ai valori della Convenzione.

Secondo la Corte, nei casi di negazionismo, l’alternativa fra l’applicazione diretta dell’art. 17, che determina l’incompatibilità del ricorso *ratione materiae* con la Convenzione, e l’applicazione delle valutazioni imposte dall’art. 10, e dunque la considerazione mediata dell’art. 17 che fornisce un ausilio utile a conferire solidità ai “doveri” e alle “responsabilità” ai quali fa riferimento l’art. 10, §2, deve essere sciolta sulla base di una valutazione caso per caso, che consideri la peculiarità delle specifiche circostanze. La Corte segna quindi una cesura rispetto a qualunque forma di automatismo, attribuendo rilevanza alle concrete circostanze che descrivono il caso in questione. Fra queste, particolarmente rilevante è la specifica forma di *political discourse* coinvolta nel giudizio. Il discorso parlamentare, infatti, è, nella maggior parte degli ordinamenti, un ambito che gode di tutela particolarmente elevata, nel quale le interferenze statali non possono che essere soggette a limitazioni stringenti. Il fatto che molte delle Costituzioni degli Stati moderni contemplino, secondo uno schema simile o variamente delineato, un complesso di istituti riconducibili al concetto di immunità parlamentare (sia essa intesa in termini di irresponsabilità e/o improcedibilità) dimostra come il discorso parlamentare sia destinatario di particolari forme di

attenzione, con la conseguenza che gli interventi della Corte non possono che qualificarsi come rari.

Pur non costituendo un *unicum* assoluto (per esempio, la Corte è intervenuta, applicando uno scrutinio molto rigoroso, sanzionando forme di interferenza con la libertà di espressione nei confronti di membri dell'opposizione parlamentare nel caso *Karácsony and Others v. Hungary*, ric. nn. 42461/13 e 44357/13, 17 maggio 2016) l'elemento caratterizzante il caso in questione deriva proprio dalla protezione rafforzata diffusamente riconosciuta nei confronti del discorso parlamentare, considerato come *political speech* per eccellenza.

In effetti, la Corte si trova stretta fra due considerazioni: da un lato, rileva che le esternazioni del ricorrente mostrano un disprezzo nei confronti delle vittime dell'olocausto tale da far propendere per una incompatibilità, *ratione materiae*, del ricorso con le previsioni della. D'altro canto, però, non può non rilevare il fatto che le dichiarazioni che hanno determinato la condanna del ricorrente siano state rese da un membro del Landtag, nel corso di una sessione parlamentare dell'organo regionale; ciò dovrebbe comportare un livello di protezione particolarmente elevato e, di conseguenza, uno scrutinio estremamente attento da parte della Corte in relazione ad ogni forma di interferenza. La Corte, tuttavia, non può tenere anche conto della scelta, effettuata dal Landtag, di revocare l'*Immunität* del ricorrente, consentendone, nei fatti, la condanna.

Optando quindi per l'esigenza di valutare il bilanciamento da effettuarsi in concreto, la Corte riconosce che la condanna penale subita dal ricorrente rappresenta certamente una forma di interferenza con la libertà di espressione e passa a vagliarne la necessità all'interno di una società democratica.

La Corte concorda con i giudici nazionali nel riconoscere che, mentre una ampia parte del discorso – integralmente riportato in giudizio – sia del tutto irrilevante dal punto di vista del diritto penale e possa godere della tutela garantita dal diritto alla libertà di espressione, altri passaggi, apertamente negazionisti, non possano che fuoriuscire da questo ambito di protezione. Tale specifico profilo sarebbe ulteriormente in grado di qualificare e dunque differenziare il caso in discussione rispetto ad altri, nei quali le espressioni oggetto di contestazione rappresentavano una parte integrante del dibattito politico. Le dichiarazioni riguardo alla memoria delle vittime del nazionalsocialismo sono parte di un costante dibattito politico interno al Parlamento (riconosciuto come una caratteristica chiave delle società democratiche), mentre quelle che contengono una negazione qualificata dell'Olocausto devono essere sottratte alla tutela di cui all'art. 10 in ragione della distinzione, in più occasioni ribadita dalla Corte, fra espressioni che integrino giudizi di valore e quelle, invece, che riguardino fatti, essendo solo le seconde assoggettabili a forme di "verificabilità".

Nel valutare la legittimità convenzionale dell'interferenza con la libertà di espressione di *Pastörs* posta in essere dallo Stato tedesco, la Corte considera dirimente il fatto che le esternazioni rese – preparate in precedenza e diffuse anche via internet – avessero la precipua finalità di veicolare ideali contrari al testo e allo spirito della Convenzione. Ne consegue che, non potendo certamente intendersi in termini di assolutezza la tutela da darsi ai discorsi parlamentari, le affermazioni rese dai rappresentanti eletti in Parlamento in tali scenari meritano scarsa o nessuna protezione se il loro contenuto è in diretto contrasto con i valori democratici del sistema della Convenzione. L'esercizio della libertà di espressione, anche in sede parlamentare, reca con sé "doveri e responsabilità" ai quali fa riferimento l'art. 10, §2.

La Corte riflette sull'esistenza di pressanti bisogni sociali che facciano propendere per l'interferenza nelle libertà riconosciute dalla Convenzione e individua una speciale responsabilità morale gravante sugli Stati che hanno avuto diretta esperienza delle atrocità del nazismo e che hanno tutt'oggi il dovere di prendere le

distanze da tali accadimenti. In conclusione, la condanna a otto mesi di detenzione, sospesa con la condizionale, seppure significativa, non pare aver determinato, da parte dello Stato, un superamento del margine di apprezzamento e, anzi, risulta proporzionata rispetto al legittimo scopo che si propone, potendola quindi considerare «necessaria in uno stato democratico» (§45).

La giurisprudenza convenzionale – con le sue difficoltà nell'individuare una chiave di lettura univoca per le molteplici conformazioni che le esternazioni e le condotte di matrice negazionista possono assumere – è lo specchio di un panorama comparato frammentario e in continua evoluzione. Una breve analisi dei contesti nazionali che più significativamente si sono interrogati sul tema aiuta a comprendere la cifra innovativa della sentenza in commento.

5. – Come anticipato, la maggior parte degli Stati europei ha reagito alla diffusione di teorie considerate riprovevoli e offensive ricorrendo allo strumento del diritto penale, seppure con un certo grado di eterogeneità con riferimento a diversi aspetti del reato: i) il bene tutelato – tendenzialmente, ma con confini poco delineati, l'ordine pubblico o la dignità umana –; ii) la condotta necessaria a integrare la fattispecie; iii) i fatti storici in essa coinvolti. Con riferimento al secondo aspetto, per cenni, le previsioni adottate in numerosi Stati, seppure con espressioni linguistiche foriere di differenziazioni, si riferiscono alle condotte di apologia, approvazione, negazione o minimizzazione, mentre le regole vigenti in altri ordinamenti si limitano a considerare espressioni che integrino forme di negazione o discussione circa l'esistenza di fatti storici (per esempio, Francia, Portogallo, Polonia, Israele. Si veda, con precisione, G.M. Teruel Lozano, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, nota 93). Un caso emblematico, che si descriverà meglio fra un momento è quello della Spagna, dove le forme di giustificazione e riabilitazione dei crimini contro l'umanità sono considerati limiti legittimi alla libertà di espressione, mentre il mero negazionismo è stato giudicato in contrasto con la Costituzione. Quanto al terzo profilo, le esperienze storiche di ciascun ordinamento pesano in maniera determinante: così, i casi tipici di Israele e Germania che si concentrano sui crimini commessi dal regime nazista e quelli di alcuni paesi dell'est (come Repubblica Ceca, Polonia e Ungheria) che vi appaiano quelli commessi dal regime comunista, si affiancano a normative di più ampio respiro, come per esempio quella svizzera, che punisce qualunque forma di disconoscimento, minimizzazione o giustificazione di genocidio o crimine contro l'umanità (art. 261-bis c.p.), lasciando l'integrazione concreta di queste definizioni aperta agli interventi del formante giurisprudenziale. Come si vedrà, peraltro, il tentativo di ampliare il novero degli episodi coinvolti, la cui negazione possa determinare la reazione del diritto penale, hanno causato non pochi problemi di legittimità costituzionale in alcuni ordinamenti (segnatamente, la Francia). Di recente, inoltre, alcuni Stati ragionano sulla possibilità di dilatare le proprie legislazioni: così il Belgio ha lavorato sulla possibilità di introdurre, accanto alla legge del 23 marzo 1995 (*Loi tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale*), forme di punibilità della negazione o minimizzazione di genocidi riconosciuti dalla Corte penale internazionale e di altri tribunali delle Nazioni Unite, il che significherebbe, attualmente, equiparare alla Shoah i genocidi del Rwanda e di Srebrenica. Resta escluso il genocidio armeno (in riferimento al quale erano state avanzate delle proposte di legge negli anni passati), che, pur essendo stato formalmente riconosciuto dal Senato, dalla Camera dei rappresentanti e dal Primo Ministro (si vedano la Resolution 1-736/3 of March 26, 1998 e la Resolution of 23 July 2015), manca di un riconoscimento a livello internazionale.

L'Italia, come noto, è intervenuta alcuni anni fa, molto dopo altri ordinamenti, con una novella legislativa che ha introdotto il nuovo comma 3-*bis* all'art. 3 della legge n. 654 del 1975, e successive modifiche. La nuova norma prevede la sanzione della reclusione da 2 a 6 anni nei casi in cui «la propaganda, ovvero l'istigazione e l'incitamento, commesso in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

La scelta legislativa italiana, che arriva al termine di un lungo e contrastato iter (G. Della Morte, *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, in *DPCE*, 3, 2014, 1181-1203, spec. par. 4), nei suoi connotati specifici è stata oggetto di critiche non solo da parte di coloro che si oppongono all'incriminazione di condotte negazioniste, ma anche da chi, in astratto, vede nello strumento della sanzione penale, almeno in riferimento alle negazioni della Shoah, una soluzione conforme al quadro dei principi generali e opportuna, se non anche doverosa, sul piano politico-criminale (G. Balbi, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in *Criminalia*, 2018, *Criminalia*, 2018, pp. 233-263). I profili intorno ai quali si sono concentrate le perplessità maggiori hanno riguardato: a) la scelta di introdurre, non una fattispecie autonoma, bensì un'aggravante (anche se il dibattito fra i penalisti pare ancora aperto, cfr. G. Balbi, op. cit., nota 174); b) l'accostamento di condotte antitetiche, come l'apologia – che presuppone l'esistenza del fatto – e la negazione; c) la ricezione normativa di un intendimento ampio del negazionismo, che accomuna l'esperienza dell'olocausto ad altri genocidi e crimini e, più in generale, un preoccupante deficit di specificità della norma che non solo si riferisce a una variegata tipologia di illeciti, ma manca anche di qualunque riferimento rispetto a chi potrà disporre del potere di accertare i crimini concretamente oggetto di tutela. Questi elementi, insieme considerati, distanziano la normativa italiana dalle linee-guida che erano state indicate con la Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea e, in particolare, dal più marcato elemento di pericolo ivi richiesto, rendendo il nuovo impianto normativo un *unicum* nel panorama comparato, per alcuni illegittimo o inopportuno, per altri quantomeno inadeguato rispetto allo scopo che si propone (cfr., fra i moltissimi, G. Della Morte, op. cit.; G. Balbi, op. cit.; N. Palazzo, *Bugie di carta: un argine penale al negazionismo*, in *Nomos*, 2, 2017, 1-22; G. Puglisi, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016; E. Fronza, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo. Commento a l. 16 giugno 2016, n. 115*, in *Diritto penale e processo*, 2, 2017, 155-167; E. Venafro, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *La Legislazione penale*, 2, 2018, 1-19).

6. – Le normative adottate hanno determinato diversi atteggiamenti anche da parte delle Corti investite del ruolo di giudicarne la legittimità rispetto agli ordinamenti costituzionali nazionali (fra i molti studi comparatistici si vedano O. Pollicino, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5 (2011) pp. 85-105; A. Mastromarino, *Stato e Memoria: Studio di diritto comparato*, Milano, 2018; L. Hennebel, T. Hochmann (eds.), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011). Da questo punto di vista, i più significativi esempi si rinvencono negli ordinamenti tedesco, francese e spagnolo.

Nel 1994, la pronuncia del Bundesverfassungsgericht tedesco (BVerfGE 90, 241 – 254, 13 aprile 1994) è stata l'occasione per intervenire sulla legislazione penale esistente e modificare l'art. 130 che lo *Strafgesetzbuch* che puniva allora, in via generale, chiunque aggredisse, secondo modalità tipizzate e in forme idonee a turbare la pace

pubblica, la dignità umana altrui. La questione riguardava la compatibilità tra un provvedimento amministrativo che limitava sensibilmente la partecipazione del noto negazionista David Irving, adottato sulla base del §130 StGB, con l'art. 5 del Grundgesetz che sancisce il diritto di esprimere e diffondere le proprie opinioni, subordinandolo ai limiti imposti dalle leggi generali e dal diritto relativo all'onore. Il Tribunale tedesco argomenta distinguendo le dichiarazioni di opinione (*Meinungsäußerungen*) dalle asserzioni di fatti (*Tatsachenbehauptungen*), affermando che la protezione costituzionale delle seconde cessa allorché esse non possano contribuire alla formazione di opinioni, come nel caso in cui l'asserzione sia falsa. L'affermazione relativa a un fatto falso non è un bene meritevole di tutela: «Unter diesem Gesichtspunkt ist unrichtige Information kein schützenswertes Gut».

Nel caso di espressioni di opinioni legate ad asserzioni di fatto, nel caso in cui le seconde si rivelino false, la libertà di espressione risulta subordinata rispetto alla tutela della personalità (*Persönlichkeitsschutz*). Il revisionismo della Shoah è un'asserzione di un fatto comprovatamente falso (sulla base di testimonianze dirette, decisioni giurisprudenziali, documenti storici...) che, per di più, incide sulla rappresentazione individuale (*Selbstverständnis*) del popolo ebraico che è parte stessa della loro dignità (§1 GG). Significativamente, pur riconoscendo, in particolare in riferimento a questioni di rilevanza pubblica, l'esistenza di una presunzione favorevole alla tutela della libertà espressiva, i giudici tedeschi richiamano l'importanza di una valutazione individualizzata, nei singoli casi, per verificare quale debba essere il bene giuridico da far prevalere («welches Rechtsgut im Einzelfall den Vorzug verdient»).

La decisione, come si diceva, ha condotto a una modifica del §130 che è stato integrato con la previsione dell'incriminazione per «chiunque apprezza, nega o banalizza in un modo idoneo a turbare la pace pubblica, in pubblico o in una riunione, fatti di cui al par. 220, c. 1 StGB (genocidio) commessi sotto il regime nazionalsocialista».

Più di recente, ma con esiti del tutto opposti, la questione si è posta anche nell'ordinamento francese, dove peraltro, il negazionismo ha trovato il proprio terreno d'elezione sin dagli anni '70 (O. Pollicino, op. cit., 92). In risposta al diffondersi delle idee revisioniste, il legislatore, con la Loi Gayssot (*loi* 90-615 del 13 luglio 1990) del 13 luglio 1990 ha inserito nella legge sulla libertà di stampa (legge 29 luglio 1881) una norma che sanziona chiunque contesti l'esistenza dei crimini contro l'umanità descritti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga (allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945) e che siano stati commessi da un membro di organizzazioni dichiarate criminali ai sensi dell'art. 9 dello stesso Statuto o da una persona riconosciuta colpevole di tali crimini da una giurisdizione francese o internazionale (art. 24-bis). La portata della norma è stata estesa in via interpretativa dalla Corte di cassazione francese che, con sentenza del 23 febbraio 1993, ha sancito l'applicabilità della fattispecie a un caso di minimizzazione – e non di negazione – della Shoah. Nel 2010, inoltre, sempre la Corte di cassazione, svolgendo il proprio ruolo di “filtro” dei giudizi di costituzionalità, ha escluso che vi potesse essere un contrasto con la Costituzione perché la *loi* Gayssot avrebbe imposto restrizioni legittime alla libertà di espressione, dato che la delimitazione dell'area del “penalmente rilevante” non è generica, ma fa riferimento a un testo specifico, riconosciuto nell'ordinamento francese (*Arrêt* n. 12008 del 7 maggio 2010).

Negli anni successivi sono state approvate altre due leggi sul riconoscimento del genocidio armeno (*loi* 2001-70 del 29 gennaio 2001) e sul riconoscimento del ruolo positivo della presenza francese oltremare, particolarmente in Africa del Nord (*loi* 2005-158 del 23 febbraio 2005).

Solo una ventina di anni dopo l'introduzione della *Loi* Gayssot il tema è giunto all'attenzione del Conseil Constitutionnel, il quale è intervenuto dichiarando

l'incostituzionalità della *Proposition de loi tendant à réprimer la contestation de l'existence du génocide armenie* (Décision n. 2012-647, DC del 28 febbraio 2012). Il progetto di legge mirava a rendere penalmente responsabili coloro che negassero o minimizzassero l'esistenza dei crimini di genocidio riconosciuti come tali dalla legge francese (art. 1).

Secondo il Conseil, una legge "memoriale" che si limiti a riconoscere un determinato evento come genocidio mancherebbe della sostanza normativa tipica della legge (Considérant 6). La *loi* in esame, in effetti, viene dichiarata in contrasto con l'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo – che, a partire dalla celebre decisione del 1971 (71-44 DC del 16 luglio 1971), rientra nel c.d. *bloc de constitutionnalité* – e, di rimando, con la libertà di espressione e comunicazione. Il Conseil, mettendo a sistema l'art. 6 della Dichiarazione, che vede la legge come "espressione della volontà generale", con altre norme costituzionali che definiscono l'oggetto e le finalità della legge, afferma che quest'ultima ha quale principale vocazione quella di enunciare norme e che deve, dunque, esser rigorosamente caratterizzata da portata normativa («la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative»). I canoni di normatività, di intelligibilità e chiarezza non paiono rispettati dalla legge censurata, la quale, al fine di definire quali siano i "genocidi", la cui contestazione è penalmente perseguibile, opera un rinvio ampio ai crimini "riconosciuti come tali dalla legge francese", ritenuto eccessivamente aperto e mobile. Un siffatto meccanismo si traduce in una limitazione dell'esercizio della libertà di espressione e di comunicazione incompatibile con la Costituzione. La scure del Conseil, insomma, più che sul reato di negazionismo, cade sul *modus operandi* scelto dal legislatore del 2012 che si era attribuito il potere di riconoscere, con leggi *ad hoc*, quali fatti storici possano qualificarsi come genocidio e, di conseguenza, quali forme di negazionismo siano punibili.

La problematica relativa all'estensione del reato di negazionismo è tornato, negli ultimi anni, per due volte all'attenzione del giudice costituzionale.

Nel 2016, il Conseil si è espresso su una questione incidentale di costituzionalità, sollevato dalla Corte di Cassazione, respingendo l'argomento fondante il ricorso, secondo il quale, l'art. 24-bis della legge sulla libertà di stampa, risalente al 1990, prevedendo la punibilità di alcuni crimini contro l'umanità, ma non di altri, avrebbe violato il principio di eguaglianza (Conseil Constitutionnel, Décision n. 2015-512 QPC, 8 gennaio 2016). Secondo il Conseil, al contrario, il legislatore avrebbe «trattato diversamente fatti aventi natura differente», in quanto «la negazione di crimini contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale, in parte sul territorio nazionale, ha in se stessa una portata razzista e antisemita»; pertanto, le disposizioni contestate hanno ad oggetto «un abuso dell'esercizio della libertà d'espressione e di comunicazione che attenta all'ordine pubblico e ai diritti di terzi». Ancora una volta non si tratta di generica negazione della storia, ma negazione qualificata in termini di prossimità geografica, storica e culturale.

Vi è un ultimo passaggio, che evidenzia ancora una volta l'impossibilità di considerare le condotte negazioniste come un *unicum* e la conseguente esigenza di differenziare e modulare le limitazioni alla libertà di espressione. L'intervento giurisprudenziale (Conseil Constitutionnel, Décision n° 2016-745 DC, 8 gennaio 2017) è scaturito da una recente modifica dell'impianto normativo (*Loi relative à l'égalité et la citoyenneté*) che aggiunge alcuni commi all'art. 24-bis, estendendo la punibilità a coloro che, con le stesse modalità, «negano, minimizzano o banalizzano oltraggiosamente l'esistenza di un crimine di genocidio diverso da quelli menzionati al primo comma, di un altro crimine contro l'umanità, di un crimine di riduzione in schiavitù o di sfruttamento di una persona ridotta in schiavitù o di un crimine di guerra, come definiti agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale». Un ulteriore requisito, però, sdoppiava, per così dire, la fattispecie di reato, a seconda

che il crimine fosse stato o non fosse stato oggetto di una condanna pronunciata da una giurisdizione francese o internazionale: si creavano, così, un negazionismo “semplice”, che si rivolge a memorie accertate giudizialmente, ed uno, rivolto ad altri crimini contro l’umanità, che deve essere qualificato dal carattere di incitamento all’odio o alla violenza alla nei confronti di un gruppo (o di membri di un gruppo) definito sulla base della razza, del colore, della religione, della provenienza o dell’origine nazionale. Il Conseil fa salvo il primo reato e dichiara invece l’incostituzionalità dell’altro. La fattispecie di negazionismo qualificato dal carattere di incitamento all’odio o alla violenza, infatti, si sovrappone inutilmente al reato di apologia previsto all’art. 24 della stessa legge sulla stampa. Inoltre, il Conseil censura l’affidamento al giudice del compito di accertare l’esistenza nonché il carattere criminale dei fatti cui la negazione, banalizzazione o minimizzazione si riferiscono: ne deriverebbero una scarsa prevedibilità delle decisioni e, conseguentemente, una limitazione non necessaria e non proporzionata della libertà d’espressione («une incertitude sur la licéité d’actes ou de propos portant sur des faits susceptibles de faire l’objet de débats historiques», par. 196).

Più netta e orientata, invece, è l’impostazione adottata dal Tribunal Constitucional nell’ordinamento spagnolo. Qui, il legislatore era intervenuto nel 2005 con la Ley Organica 10/2005, introducendo l’art. 607, co. 2 nel Codice penale, volto a punire la diffusione con qualunque mezzo di idee o dottrine che negassero o giustificassero un genocidio o un crimine analogo.

È significativo notare che la novella legislativa muoveva, oltre che dai documenti internazionali diretti in tal senso, anche da una pronuncia del Tribunal Constitucional, risalente al 1991, nella quale si affermava che né la libertà di pensiero, né la libertà di espressione possano essere intese in senso assoluto e che esse non «includono il diritto a porre in essere manifestazioni, espressioni o campagne di carattere razzista o xenofobo», ponendosi queste esternazioni in contrasto con altri beni costituzionali, come la dignità umana (Tribunal Constitucional, sent. 214/1991). Il Tribunal, tuttavia, smentisce l’interpretazione del legislatore, e i giudici costituzionali, fedeli all’assunto in base al quale la «Costituzione protegge anche coloro che la negano» (Tribunal Constitucional, sentenza dell’11 dicembre 1995, n. 176), adottano una decisione che all’epoca è stata interpretata come “controcorrente” rispetto a «una sorta di diritto costituzionale comune europeo» (J. Luther, op. cit., 1193-1222).

Nel 2007, dunque, con sentenza n. 235/2007 (su cui E. Fronza, V. Manes, *Il reato di negazionismo nell’ordinamento spagnolo: la sentenza del Tribunal Constitucional n. 235 del 2007*, in Ius17@unibo.it, n. 2, 2008, p. 489 ss), il Tribunal Constitucional spagnolo ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 607, co. 2 del *Código penal* poiché la mera negazione dell’esistenza di determinati fatti storici (a differenza della loro giustificazione) non costituisce, di per sé, un “discorso del odio”. Ciò che manca è il requisito dell’incitamento diretto alla violenza contro soggetti determinati, individuabili per l’appartenenza a minoranze razziali, religiose o etniche. La mera negazione, secondo i giudici iberici, non implicherebbe necessariamente un giudizio di valore su di essi o sulla loro anti-giuridicità, non mostrando quindi profili di lesività. Per poter essere punibile, la negazione dovrebbe essere integrata dal requisito della capacità di creare un clima di ostilità nei confronti del gruppo vittima del crimine: «las ideas justificadoras entran en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes (...) cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración (...), cuando con esta conducta (...) se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos...». La criminalizzazione di una condotta «penalmente inane» determina, al contrario, una illegittima compressione della libera manifestazione del pensiero, sancita dall’art. 20 della Costituzione spagnola.

7. – La breve rassegna comparativa svolta evidenzia come, in questo terreno, le soluzioni individuate siano della più variegata natura. Al di là delle più evidenti divergenze, vi sono però due punti comuni, connessi l'uno all'altro, che si possono fare emergere e che consentono di formulare alcune brevissime considerazioni sulla decisione in commento.

Il primo, evidente, è che le questioni che ruotano attorno al negazionismo creano una tensione che scorre ai livelli più intimi degli ordinamenti costituzionali. L'esigenza (che, data la variabilità delle soluzioni adottate, pare ancora irrisolta) è quella di trovare un punto di bilanciamento fra la protezione dei valori originari delle democrazie costituzionali occidentali, la cui verità non può essere messa in dubbio senza che ne cedano le fondanti basi identitarie, e la promozione di una libertà – quella di espressione – da sempre considerata come irrinunciabile proprio perché funzionale alla costruzione di un discorso pubblico capace di includere anche chi non si riconosca nell'ordine valoriale dato.

Pur partendo dallo stesso presupposto, in base al quale quanto affermato dai negazionisti è falso, le posizioni di chi vede nel deficit di verità un deficit di democrazia e di chi, diversamente, ritiene che nessuna forma di verità possa essere fissata per legge, paiono irrimediabilmente inconciliabili. Da un lato, si sostiene che non si possa considerare “puro” un pensiero che sottenda la falsificazione di un dato di realtà politicamente sensibile (G. Balbi, *op. cit.*); dall'altro, si argomenta, anche provocatoriamente, che la giuridificazione di un fatto storico può legittimare, in altri contesti, anche la giuridificazione dell'esatto opposto (si pensi alla Turchia, dove è reato parlare di genocidio armeno o, per altro verso, alla recente legge approvata in Polonia che punisce i riferimenti al coinvolgimento polacco nei crimini della Germania nazista. La provocazione di A.M. Dershowitz è richiamata da G.E. Vigevani, *op. cit.*, 195).

La decisione in analisi, proprio di fronte a questo insanabile contrasto, pur collocandosi nell'alveo della generale deferenza mostrata dalle Corti verso le scelte incriminatrici nazionali, in particolare in riferimento alle negazioni della *Shoah*, pare offrire almeno un conforto di natura metodologica.

Prima di giungere a questo, però, si deve rilevare un secondo dato di convergenza fra le esperienze dei vari ordinamenti, strettamente dipendente dal primo. Le condotte negazioniste, intese nel modo più vario, e il disvalore ad esse connesso faticano a trovare una configurazione unitaria, tanto che, oltre alle differenze inter-ordinamentali si sono rilevate tensioni e disallineamenti – o almeno progressivi aggiustamenti – anche interni ai confini nazionali. La reale portata delle dichiarazioni che riguardano crimini contro l'umanità è fortemente condizionata dal contesto storico, temporale, geografico, politico, sociale e – verrebbe da aggiungere – culturale. Il dato interessante è che, nella decisione in commento, la Corte di Strasburgo pare recepire questo dato di “variabilità” e, di conseguenza, il giudizio si reindirizza verso un metodo di natura analitica che prescinde da valutazioni astratte e da un'applicazione automatica dell'art. 17. Esso, per quanto funzionale alla tutela di determinati diritti, rischia di promuovere solo un vago e poco concreto ideale di *morale démocratique* (P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights*, cit., 252) o una sorta di “ordine pubblico ideale”, che risulta «di assai problematica ambientabilità nel contesto di pluralismo ideologico proprio delle liberaldemocrazie» (A. Di Giovine, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *DPCE*, 1, 2006, xiii-xxviii). La Corte, in un caso che ha ad oggetto, insieme, l'Olocausto (un *clearly established historical fact* costitutivo dell'identità europea e del ruolo stesso del sistema convenzionale) e la forma per eccellenza del dibattito politico pubblico (quella del discorso parlamentare), abbandona lo strumento *tranchant* dell'abuso di diritto. I giudici si riappropriano, senza peraltro mutare il risultato, della capacità di mediazione fra diritti e valori contrastanti, avvicinandosi a meccanismi dialogici attivi all'interno di molti ordinamenti nazionali e aprendo uno

spiraglio verso processi di argomentazione e condivisione democratica. A fronte di questi, almeno, la proporzionalità delle scelte incriminatrici nazionali deve essere provata in base alle circostanze date dalla concretezza dei rapporti sociali e dai conflitti che connotano le società pluraliste. Il ricorso a questo metodo, senza giungere a mutare l'esito finale, pare quantomeno allontanarsi dalle tentazioni esclusivistiche cui risponde una netta dichiarazione di estraneità rispetto all'alveo di tutela offerto dalla Convenzione e si orienta all'apertura verso logiche argomentative che includano – almeno dal punto di vista procedurale – dinamiche conflittuali. La considerazione di queste ultime, così, potrebbe diventare elemento necessario nel perenne processo di costruzione di un'identità europea.

Caso *Giròn y otro vs. Guatemala*: the death penalty in Guatemala in the light of the recent IACHR's judgements

di Chiara Cardinali

Title: Caso *Giròn y otro vs. Guatemala*: the death penalty in Guatemala in the light of the recent IACHR's judgements

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Guatemala; death penalty; right to due process; extrajudicial executions.

1. – The Inter-American Court of Human Rights (hereinafter, also the Court) issued the judgment in the case “*Giròn y otro vs. Guatemala*” dated 15 October 2019, which in the meantime is only available in Spanish.

The case concerns a series of alleged violations of the right to a fair trial committed by the State of Guatemala in the context of the criminal proceeding against Roberto Giròn and Pedro Castillo Mendoza, who were sentenced to death for the rape and the killing of a young girl. They were executed by a firing squad and the execution was filmed and broadcast on television.

The Court ruled unanimously that the State of Guatemala violated, in relation to the obligation stated in Article 1, § 1, ACHR, the right to life, (art. 4, §1 and 4, § 2 ACHR), the right to personal integrity (art. 5, § 1 and 5, § 2, ACHR), and the right to a fair trial and judicial protection (art. 8, §1 and 8, §2, ACHR) of Roberto Giròn and Pedro Castillo.

At the same time, the Court established that the State of Guatemala is not liable for the violation of the right to apply for amnesty, pardon, or commutation of sentence (art. 4, §6 ACHR) and of the right to have a public criminal proceeding (art. 8, §5 ACHR) of Roberto Giròn and Pedro Castillo.

2. – The case was initially brought to the attention of the Inter-American Commission of Human Rights by the Magnus F. Hirschfeld Center for Human Rights and the by the *Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala* (IECCP) along with the Centro de *Acción Legal en Derechos Humanos* (CALDH) in favour of Roberto Giròn and Pedro Castillo Mendoza. (§ 2)

On 9 September 1996, the Commission solicited the State to adopt provisional measures in order to suspend the execution of Giròn and Castillo. The State denied the requested measures alleging that according to the Supreme Court of Justice of Guatemala there was no ground for adopting the measure in that stage of the proceeding.

On 13 September 1996, Giròn and Castillo were executed. (§ 2)

On 5 July 2017, the Commission, according to articles 35 and 50 of its Regulation, issued an “*Informe de Admisibilidad*” determining the international liability of the State of Guatemala for the violations of several rights of the two alleged victims and expressed recommendations to the State. (§ 2)

The Commission then notified the State of Guatemala of the *Informe* that was issued against it so that the State could comply with the recommendations. The State did not respond expeditiously. (§ 2)

On 30 November 2017, the Commission submitted the Case to the Court and asked to assess the international responsibility of the State of Guatemala. (§3)

The Court recognized itself to be competent to decide the case, according to art. 62 § 3 of the IACHR.

In fact, Guatemala is part of the American Convention since 25 May 1987 and accepted the contentious jurisdiction of the Court since 9 March 1987. (§14)

The State of Guatemala opposed the Court’s competence on this case arguing that it fell under a preliminary exception concerning *res judicata*. The State claimed that the criminal proceeding regarding Giròn and Mendoza followed Guatemalan laws and that the right to fair trial and the right to appeal were respected. The State also alleged that Guatemala had applied the capital punishment for 20 years. (§ 15)

The Court rejected the preliminary exception claimed by the State on the grounds that the case itself concerned the violation of the right to a fair trial of the alleged victims. So, the exception raised by the State did not have the nature of a preliminary exception since it necessarily entailed an analysis on the merit of the case. (§ 19)

3016

3. – In its analysis, first of all, the Court examined the laws in force when the facts of the alleged crimes took place and also the facts concerning the criminal trial against Roberto Giròn and Pedro Castillo and their executions. (§ 27)

The Court drew a picture of the applicable laws in Guatemala concerning the capital punishment and the right to defence. (§ 27)

Article 18 of the Constitution of Guatemala recognize the possibility to apply the capital punishment. Article 43 of the Criminal Code of the Republic of Guatemala establish that the death penalty has an extraordinary nature and it can be applied only to those cases that are expressly mentioned by the law. Such a penalty cannot be executed if all the judicial remedies have not been exhausted. (§ 28)

As far as the crime of rape is concerned, Article 175 of the Criminal Code, as reformed in 1996 by the *Decreto No. 20-96*, provided that if the victim is less than ten years and dies, the capital punishment has to be imposed. (§ 29)

The Court tried then to assess the trend on the application of the capital punishment in Guatemala. (§ 31)

The Court noted that such a punishment was occasionally applied till the ‘90s. Since 1996 the State inverted such trend and started applying the death penalty more frequently, initially through execution by a firing squad and then through the lethal injection. (§ 31)

As far as the right to defence is concerned, Article 144 of the Procedural Criminal Code provided that the defendant has the right to be assisted by a lawyer from the moment in which he provides the investigative statements. (§ 33)

The defendant has to indicate a lawyer in that moment or in the following five days. (§ 33)

4. – In the *Fondo* the Court investigated if the State of Guatemala is internationally liable for the imposition of the capital punishment, the broadcast on television of the execution and the violation of the right to a fair trial and judicial guarantees. (§ 58)

The Court proceeded with the analysis of the compulsory application of the capital punishment to Giròn and Mendoza, the alleged violation of their personal integrity and the alleged violation of their judicial guarantees. (§ 58)

First of all, the Court wanted to stress that, despite the reprehensible conduct of Roberto Giròn and Pedro Mendoza, as individuals they deserved to enjoy fundamental human rights and judicial guarantees and the State is responsible to secure such warranties. (§ 59)

As far as the right to life is concerned, the Court recently affirmed that in those exceptional cases in which the State can apply the capital punishment, the imposition of such penalty is subjected to rigorous limitations. (Corte IDH, *Caso Martínez Coronado vs. Guatemala*, 10-05-2019 [*Fondo, Reparaciones y Costas*], § 62-67)

The death penalty can be imposed only for serious crimes (art. 4 § 2 IACHR) and not for political crimes or common crimes linked to political ones. (§63)

Such provision of the IACHR demonstrates that such punishment is only applicable in exceptional circumstances. (§63)

Notwithstanding the obligation that every state has to protect its own citizens, to repress the crimes and to maintain the public order, at the same time the fight against crime has to be pursued in respect of human rights and public security. (§ 64)

The Court took note that the First instance judge imposed the capital sanction compulsorily, as Article 175 of the Criminal Code established, without taking into account the mitigating and aggravating circumstances.

As the Court had already pointed out (Corte IDH, *Caso Rexcacò Reyes vs. Guatemala* -15-09-2005, [*Fondo, Reparaciones y Costas*], §79), the principle declared by the Human Rights Committee, which calls for the consideration of the suitability of capital punishment in the concrete case despite the compulsory nature of capital sanctions, should be embraced.

Indeed, Article 175 of the Criminal Code, as written in 1996, did not contemplate a different sanction for the rape when the victim is less than 10 years.

The law, in its wording, did not allow for the consideration of the specific characteristics of the crime, nor the intensity or the culpability of the accused. Such circumstances could have led to a mitigation of the imposed sanction. Instead the law was designed so that it would be applied automatically, without any discretion of the judge. (§71)

In conclusion, since the Court found that the State imposed the capital punishment mandatorily, it follows that State of Guatemala was liable for the arbitrary deprivation of the life of Roberto Giròn and Pedro Castillo in violation of Article 4 § 1 and 4 § 2 of the Inter-American Convention, in relation to Article 1 § 1 and § 2 of the same Convention.

At the same time, the Court did not find the State of Guatemala liable for the violation of art. 4 § 6 of the Convention since the State allowed the defendants to submit the *recurso de gracia*. (§74)

As far as the right to personal integrity is concerned, the Court concluded that the method used for the execution of the capital punishment provoked a psychological suffering (§88) for Giròn and Castillo since they knew for a prolonged period of time that they were destined to die. They had remained locked in the so called “*corredor de la muerte*” for two years and eleven months, with the constant oppressive feeling that they could have been executed anytime. (§85)

For this reason, the Court found the State of Guatemala liable for the violation of Articles 5 §1 and 5 § 2 of the American Convention which protect the right to personal integrity. (§90)

As far as the right to judicial guarantees is considered, the Court recalled that the right to defence has two sides: first it entails the right of the defendant to render a voluntary declaration concerning the facts of his case and secondly it entails the right to a technical defence by a professional who can advise the accused on his rights and duties and who can control the legality of the process of the evidence collection. (§98)

The Court, in this case, focused its evaluation on the right to a technical defence, whose violation could involve other violations of the basic guarantees of the due process established by Art. 8 of the IACHR. (§ 98)

When the defence is provided by the State, even if it corresponds to a public service, it has to be granted the necessary autonomy so that the professional is able to carry out his office in the best interest of the defendant. (§100) The State cannot be considered liable for the deficiencies of the public defence, considering the independency of the profession itself and of the autonomy of judgment of the defendant. (§100)

The State is only responsible for the selection of the public defenders and should exercise a periodical control over their work. (§100)

The appointment of a public defender should not be a mere formality, but the State has to grant its effectiveness and to assure that he has the same weapons as the prosecution. (§ 101)

Furthermore, the defence in criminal proceedings, in order to be substantial, has to be carried out by a professional. (§ 102)

Pedro Girón and Roberto Castillo were assisted by law students in the initial phase, when they rendered the voluntary declarations, during the examination phase and when the judge established the pre-trial detention. (§104)

Indeed, the Procedural Criminal Code of Guatemala contemplated the possibilities that the defendants were assisted by “pasantes no titulados”.

But, as the Court already pointed out (Corte IDH, Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados, 24-09-2009, [*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia*]), in the capital cases an adequate defence is even more necessary given that it crucially lead to an irreversible violation of the right to life. (§ 109)

To be assisted by law students who lack the experience, capacity and aptitude do not meet the requirements of the due process: so the Court found the State to be liable for the violation of art. 8 §2 of the IACHR.

5. – It is interesting to investigate the human rights framework regarding the application of the death penalty in the OAS region. (The Death Penalty in the Inter-American Human Rights System: From Restrictions to Abolition, IACHR, OEA/Ser.L/V/II., December 2011).

The trend in the region is that the majority of the member states of OAS has abolished capital punishment, whereas a minority of them still maintain it. (The Death Penalty..., IACHR, OEA/Ser.L/V/II., December 2011, § 1)

Indeed, according to the American Convention on Human Rights, the application of the death penalty is not forbidden, but it is subjected to strict limitations and prohibitions. (The Death Penalty..., IACHR, OEA/Ser.L/V/II., December 2011, § 2)

The text of the Convention reveals an unequivocal tendency towards the limitation or abolition of the death penalty in its imposition and application. (Juana María Ibáñez Rivas, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, Konrad Aenauer Stiftung, 2014, p. 249)

The right to life is enshrined in Article 4 of the IACHR which solemnly affirms that every person has the right to have his life respected. The same Article warns those States who still retain the capital punishment that its imposition is permitted only for the most serious crimes. It can be applied only “by a competent court that delivers a final judgment and in accordance with a law establishing such punishment, enacted prior to the commission of the crime”.

“In fact, even if the ACHR does not prohibit the death penalty in absolute terms, since it is not forbidden for States that had it when the instrument enters into force for them – but only in the strict limits then existing –, the Court has affirmed that the relevant provisions have to be interpreted *pro homine* and in light of the due respect of specific procedural guarantees and the conditions of the States involved”. (L. Paladini, N. Carrillo-Santarelli), *Migration Issues in the Inter-American System of Human Rights: The Development of an increasingly Humane Jus Migrandi*, in G. C. Bruno, A. Di Stefano, F. M. Palombino (eds.), *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, CNR Edizioni, Roma, 2019, to be published)

It appears relevant for what will be discussed later in the paper to stress that Art. 4 § 3 asserts that “the death penalty shall not be re-established in states that have abolished it” and also that art. 4 § 2 in its last part recalls that the application of such punishment shall not be extended to crimes to which it does not presently apply.

In sum, three types of limitation are applicable to States that still maintain such penalty: first, this sanction has to meet certain procedural requirements, second, it has to be applied only to the most serious crimes, and third, the person of the defendant has to be taken into account. (Carlos Ayala Corao y María Daniela Rivero, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, Konrad Aenauer Stiftung, 2014, p. 249)

On the other hand, the American Declaration of the Rights and Duties of Man which protects the right to life, does not mention the death penalty. The result is that the death penalty is admitted, but it cannot be applied when its “application results in an arbitrary deprivation of life or would otherwise be rendered cruel, infamous or unusual punishment”. [IACHR, Report No. 57/96, Case 11.139, William Andrews, United States, December 6, 1996]

In 1990, the OAS General Assembly adopted the Protocol to the American Convention to Abolish the Death Penalty. The ratifying States commit themselves not to apply the death penalty, even if a reservation it is possible to allow for its application in times of war. (The Death Penalty..., IACHR, OEA/Ser.L/V/II., December 2011, § 12)

The Commission and the Court over the years had analysed cases concerning this sanction and had reflected on the its mandatory application. The automatic imposition without the consideration of the individual circumstances of the offence or of the offender incompatible with the rights to life, humane treatment and due process. [The Death Penalty..., IACHR, OEA/Ser.L/V/II., December 2011, § 25]

In fact, mandatory sentencing by its very nature precludes considerations from a court of whether the death penalty is an appropriate or permissible form of punishment in the circumstances of a particular offender or offense. (The Death Penalty..., IACHR, OEA/Ser.L/V/II., December 2011, § 71)

In particular the Court and the Commission concluded that when capital punishment cases have to be decided, a heightened level of scrutiny has to be used. A strict adherence to the rules and the principles of due process and fair trials requires the right of a defendant to be presumed innocent until proven guilty according to law, the right to adequate time and means for the preparation of his defence, the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal, and the right of the accused to be assisted by legal counsel must be assured.

Specifically, a rigorous compliance with the defendant's right to competent counsel is compelled by the possibility of the application of the death penalty.

Finally, the Court assessed that the death row phenomenon, during which a person condemned to death is detained while awaiting execution, constitutes cruel, inhuman and degrading treatment.

As for the international legal framework concerning the application of death penalty is concerned, it is important to recall that the ICCPR at art. 6 does not prohibit death penalty but establishes strict limitation on its imposition. While the African Charter recognize the right to life but not impede the use of such sanction (Art. 4 African Charter on Human and People's Rights), the European Convention on Human Rights initially did not prohibit such penalty but then Protocol 6 to the European Convention on Human Rights (Council of Europe, Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the abolition of the death penalty as amended by Protocol No. 11, Strasbourg, 28.IV.1983) established that capital punishment should be abolished. Today in the European Human Rights system, death penalty is not permitted in any circumstances, so that the exception of times of war or imminent threat of war does not apply (Council of Europe, Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, Vilnius, 3. V.2002.)

6. – For a comprehensive understating of the judgment delivered by the Court in the case at stake, it appears compelling to give a clear picture concerning the application of the death penalty in the State of Guatemala.

As mentioned above, the Guatemalan Constitution and the ordinary criminal legislation both envisaged the application of the death penalty.

However, the extraordinary character of such penalty is reaffirmed in Art. 43 of the Criminal Code and it implies that it can be imposed only to cases expressly contemplated in the law and after all the remedies have been exhausted.

There are cases in which the death penalty cannot be imposed: in relation to political crimes, to women, elderly, when the conviction is based on presumptions and to persons extradited to Guatemala on the condition that Guatemala not pursue the death penalty.

The death penalty was contemplated as the only sanction for plagiarism or kidnapping, parricide, extrajudicial execution, murder of the President or VicePresident of the Republic, crimes related to drug trafficking resulting in the death of persons.

According to Amnesty International, the capital punishment was applied very few times before the 90's. Later in the 90's, Guatemala restarted applying this sanction; first the execution was carried out by firing squads, according to the "*Decreto 234 del Congreso de la República*" and then using the lethal injection, according to the "*Decreto 100-96*".

(IACHR, Caso Román Valenzuela Ávila y familiares vs. Guatemala, 25-10-2017 [Informe de Fondo no. 132/17])

In accordance with the IACHR (art. 2 § 6 ACHR), which establishes the right of a person convicted to death to exercise his right to apply for amnesty, pardon and commutation of sentence, the Guatemalan law provides a special remedy to override the application of the death penalty, which is called *recurso de gracia*.

In 2005 the Inter-American Court of Human Rights for the first time examined a case concerning the application of the death penalty in Guatemala, especially with regards to the requisite of dangerousness as a ground for the application of the death

penalty on a murderer. In the case *Fermín Ramírez contra Guatemala* the Court found that such provision violated Article 9 of the IACHR and recommended the State of Guatemala to modify its legislation. (Corte IDH, Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, 20-06- 2005, [*Fondo, Reparaciones y Costas*])

From the time the above-mentioned judgment was rendered, in 2005, Guatemala has refrained from imposing capital punishment, even if such penalty is still contemplated in the Criminal Code.

In fact, on 25 March 2016, the Constitutional Court of Guatemala ruled that provisions in the Penal Code requiring the imposition of the death penalty for certain circumstances of aggravated murder were unconstitutional as described in Article 132 of the Penal Code.

Despite this, the death penalty was maintained in the other cases.

Recently the Constitutional Court of Guatemala ruled again on the constitutionality of the application of capital punishment.

On 24 October 2017, the Constitutional Court of Guatemala declared unconstitutional the Articles in the Penal Code and the Anti-Narcotics Law allowing for the imposition of the death penalty. The Court found that they violate the principle of legality. As a result of the decision, from the date of this ruling, the death penalty can no longer be imposed for crimes charged under ordinary laws in Guatemala. (Amnesty International, Public Statement, 7-11-2017)

Such a ruling was welcomed by the international community as a “step forward for the promotion and protection of human rights in the country and a major milestone in its journey towards abolition”.

However, capital punishment can still be imposed in military cases.

It is interesting to recall that “there have been no executions in Guatemala since 2002, when Law Decree 159, which established the procedure for the President of the Republic to decide on petitions of clemency, was repealed. This created a void that prevented persons under sentence of death from accessing a clemency process, which would make any execution unlawful under the American Convention on Human Rights. The last remaining death sentence in the country was commuted in 2012.”

Still, despite the cessation of the practice of imposing the death penalty since 2002 (Corte IDH, Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, 20-06- 2005, [*Fondo, Reparaciones y Costas*], § 33), the Guatemalan Congress has yet to modify its legislation in order to completely cancel the death penalty from the criminal code.

7. – After having determined the Inter-American and Guatemalan framework concerning the application of the death penalty, it appears interesting to reflect on the fact that in the recent months, the Inter-American Court have ruled on four cases all regarding persons convicted to death, namely the *Giròn* case, that has been already analysed, the case *Ruíz Fuentes y familiares vs. Guatemala*, *Tirso Román Valenzuela Ávila y familiares vs. Guatemala* case and *Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala* case. The last two cases have already been decided but the sentences are not available yet, so that the relative considerations will stem from the analysis of the *Informe the Fondo* prepared by the Inter-American Commission.

The present study, setting aside the facts of the *Giròn* case that has already been widely taken into consideration, will try to briefly describe the different facts of the four cases and to highlight the similarities among them and their implications (Setting aside the facts of the *Giròn* case that has already been widely taken into consideration).

The case *Ruíz Fuentes vs. Guatemala* investigates an alleged series of violations of the due process during the criminal proceeding against Ruíz Fuentes, who was

convicted for the crime of kidnapping. He tried to escape from the prison and in 2005 he was extrajudicially executed by a firing squad.

The case *Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala* is about the violations of the right of due process of Revolorio and others convicted for the crime of murder and attempt of murder some policemen. After remaining in the death row for several year, they were executed.

Finally, the case *Tirso Román Valenzuela Ávila y familiares vs. Guatemala* involves a series of violations of the right to a fair trial of Ávila, who was convicted for the crime of murder and sentenced to death. Similar to the *Ruiz Fuentes* case, he also tried to escape from prison and was extrajudicially executed in 2005.

The text of the judgments related to *Ruiz Fuentes* and *Ávila* cases are not available to date. For such reason, some consideration on the possible outcome will be delivered.

A necessary premise is that the four decisions intervened more or less 20 years later the relative facts. For this reason, as it will be pointed later in the paper, some of the recommendations of the Court and some statements may appear belated and insignificant.

The four cases have some common traits.

First of all, they all concern people who were sentenced to death after a criminal proceeding in which their right to due process was not respected. The executions were carried out in the *Girón*, *Ruiz Fuentes*, *Ávila* cases.

In the *Girón* case, the defendants were not effectively assisted by a counsel, but by law students not ready and unprepared to deal with capital cases; in the *Ruiz Fuentes* case, the defendant was not able to provide evidence to sustain his innocence since the counsel omitted to sign the necessary memorandum, and when a new counsel was appointed he was not given enough time to prepare an adequate defence and his right to appeal through a “recurso de fallo” was denied (Corte IDH, Caso Ruiz Fuentes y otra vs. Guatemala, 10-10-2019 [*Fondo, Reparaciones y Costas*]); in the *Rodríguez Revolorio* case the right to due process was violated since the presumption of innocence was not granted and the right to appeal was denied (IACHR, Aníbal Archila Pérez, Miguel Angel López Caló and Miguel Angel Rodríguez Revolorio vs. Guatemala, [*Informe de Fondo no. 99/17*]); lastly, in the *Ávila* case the right to fair trial was violated since the right to appeal was not granted (IACHR, Caso Román Valenzuela Ávila y familiares vs. Guatemala, 25-10-2017 [*Informe de Fondo no. 132/17*]).

From the joint analysis of the four cases, it emerges that the State of Guatemala failed to guarantee due process and violated the right to life since an irreversible sanction, as the death penalty, was imposed after trials that did not meet the requirements of the due process.

It is also possible to draw another parallelism among the four cases at stake.

In all of them, the Court found that the death penalty imposed was illegitimate.

In the *Girón* case the Court affirmed that the mandatory death penalty violated the Inter-American Convention, which requires that the circumstance of each concrete case to be taken into account in order to apply capital punishment.

In the *Ruiz Fuentes* case, the defendant was sentenced to death for a crime (kidnapping not followed by death) for which initially no capital punishment was provided; moreover, such penalty was imposed automatically, without considering aggravating and mitigating circumstances in violation of art. 4 § 2 of IACHR.

Concerning the cases *Ávila* and *Rodríguez Revolorio*, according to the writer’s opinion, the Court should have likely found the State of Guatemala accountable for the violation of art. 4 IACHR since in the *Ávila* case, capital punishment was applied on the basis of the dangerousness of the defendant and in the *Revolorio* case such sanction was imposed after a trial disregarding the due process guarantees.

It appears interesting to stress that the cases *Girón, Ruiz Fuentes and Ávila* all concern a matter that is exhausted. In fact, Girón and Castillo were executed in 1996, while Ruiz Fuentes and Ávila were extrajudicially executed respectively in 2005 and 2006. For such reason, the recommendations issued by the Court (in the *Girón* and *Ruiz Fuentes* cases, and it will likely be the same in the *Ávila* case) are aimed at establishing the international responsibility of the State of Guatemala and at providing a form of compensation for the violation occurred in favour of their families. The Court assessed that Guatemala, over the years, has not applied the death penalty. For this reason, it did not issue any recommendations pertaining to that.

It may appear that these late judgments, condemning the use of capital punishment, are willing to constitute an admonition for the State of Guatemala but at the same time, since the death penalty had been already imposed, seems to lack effectiveness.

In the *Rodriguez Revolorio* case instead the situation is dramatically different. As the Commission, (IACHR, Aníbal Archila Pérez, Miguel Angel López Caló and Miguel Angel Rodriguez Revolorio vs. Guatemala, [Informe de Fondo no. 99/17], § 151) pointed out, the defendants have not been executed yet, whereby, the State of Guatemala should process them again, in respect of the due process guarantees.

As it has been already stressed, the judgment is still not available in its integral version, but it seems that the Court will not waste this chance to reassess the right to a fair trial that has already been violated once.

8. – These cases and the respective judgments that condemn the use of death penalty in Guatemala recognize that over the years Guatemala has become a *de facto* abolitionist country.

Bearing in mind all that has been pointed out, the promise of the newly elected president of Guatemala, Alejandro Giammattei, appears to clash with the spirit of the Inter-American Convention of Human Rights.

Giammattei has declared that: “*que en un eventual gobierno suyo combatirá "con testosterona" la inseguridad, el narcotráfico, el crimen organizado y las pandillas. Como parte de su estrategia de seguridad, pretende resucitar la pena de muerte, la cual está en suspenso desde el 2000 por un vacío legal. "La aplicación de la pena de muerte está, es constitucional, y si las leyes están, hay que cumplirlas", aseveró.*” (Rfi, Giammattei, el derechista guatemalteco que quiere revivir la pena de muerte, 11/08/2019) (his government will fight insecurity, drug trafficking and organized crime, and, as a part of his strategy, he wants to bring back the death penalty, which has been suspended since 2000 due to a lack of regulation. According to his words “capital punishment exists, is constitutional and, if a law exist, it must be implemented.”)

In the light of such declaration, the following legitimate questions arise: Could Giammattei re-establish capital punishment after the Constitutional Court has *de facto* abolished it by declaring it unconstitutional?

Could Giammattei revive the death penalty without rendering the State of Guatemala liable at the international level for the violation of the IACHR?

The answer appears pretty simple when looking at art. 4 § 3 of the IACHR, which solemnly affirms: “the death penalty shall not be re-established in States that have abolished it”

It seems that Giammattei will have to take a step backwards unless he desires Guatemala to fail in meeting its obligations under the IACHR.

9. – Lastly, in accordance with art. 63, par. 1 of the Convention, the San José Court emphasized the importance of providing adequate remedies in these situations. (§ 390).

The violation of an international obligation entails the obligation to provide an adequate reparation. (Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 21-7-1989, [*Reparaciones y costas*]). The Court has to decide on the damages taking into consideration the facts which emerges during the proceeding, (Corte IDH, Ticona Estrada y otros vs. Bolivia, 27-11-2008, [*Fondo, reparaciones y costas*], § 110), the violations stated by the parties, the nature and the extent of the obligation to repair. (Corte IDH, Acost y otros vs. Nicaragua, 25-3-2017, [*Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*], § 210). First of all, the judgment itself represents a means of reparation. The Court ordered the State, as reparation measures, to publish the Judgment of the Court and its summary. It also ordered the State to pay an established amount as a restoration for the psychological and immaterial damage suffered by the victims and to deposit the amount established by the Court to the “*Fondo de asistencia legal de víctimas de la Corte*”.

The State also has to inform the tribunal of the measures taken in order to conform to the present judgment and the Court will monitor the implementation of this judgement: the case will be deemed to be definitely closed when the State of Guatemala will have been in compliance with the judgments.

Prohibición de sancionar penalmente expresiones sobre asuntos de interés público e ilicitud de penas accesorias a sanciones ilegítimas

di Nicolás Carrillo-Santarelli

Title: Prohibition of criminally punishing expressions over matters of public interest, and wrongfulness of imposing punishments that are accessory to illicit sanctions

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, freedom of expression, due process guarantees.

1. – La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también la Corte o la CorteIDH) en el asunto Álvarez Ramos vs. Venezuela reviste un gran interés, especialmente debido a la confirmación de estándares interamericanos referentes a los límites que pueden contemplarse frente a la libertad de expresión en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

En su decisión, se confirman, por una parte, el carácter excepcionalísimo de aquellos límites, que para ser considerados lícitos deberán cumplir con condiciones de necesidad, proporcionalidad y legitimidad debiéndose, adicionalmente, indagar si los asuntos sobre los cuales se realizan manifestaciones son de interés público, evento en el cual existen requisitos adicionales. Adicionalmente, la Corte no se limitó a efectuar un análisis estrictamente formal de las disposiciones pertinentes para el caso, sino que justificó la fundamentación de los estándares interamericanos en virtud de la necesidad de garantizar discusiones en un entorno pluralista que se erijan como una barrera a posibles tentaciones o devenires autoritarios.

2. — Además de ocuparse de la libertad de expresión en sus dimensiones individual y social, la decisión se ocupa de asuntos sobre admisibilidad de demandas ante la Corte; de garantías procesales y recursos efectivos de protección judicial; y sobre el derecho de circulación y residencia, además de cuestiones relacionadas con las reparaciones que no serán analizadas en esta nota, en la medida en que no se modifican o desarrollan de forma novedosa criterios del sistema interamericano al respecto.

3. — En síntesis, la plataforma fáctica del caso examinado se refiere a la imposición de sanciones penales al señor Tulio Álvarez Ramos por parte del Estado de Venezuela como consecuencia de la publicación de una columna de opinión periodística en un periódico, en la que cuestionaba posibles malos manejos de fondos de una caja de

ahorros de trabajadores por parte de Willian Lara, ex diputado y presidente de la Asamblea Nacional de Venezuela. Tras la condena en su contra, al peticionario Álvarez Ramos se le impusieron penas accesorias de inhabilitación política, e igualmente se decretó en su contra una restricción a su posibilidad de salir del territorio del Estado venezolano.

4. — En lo concerniente a la libertad de expresión, considero que el elemento *central* del análisis de la Corte en este caso se refiere a la determinación de cuándo determinada expresión forma parte del *debate público*. Según la Corte IDH, en tal supuesto aquella expresión tendrá una protección reforzada en el sentido de que es inadmisibles imponer sanciones penales a manifestaciones o ejercicios de la libertad de expresión que tengan tal naturaleza.

Dicho esto, cabe aclarar que en tales supuestos no se excluye necesariamente la imposición de sanciones o consecuencias de otra naturaleza, como la civil, “por ejemplo, en casos de eventuales abusos o excesos de mala fe” (§ 124), a condición de que, en primer lugar, ellas sean *ulteriores* (§ 117), en virtud de la prohibición de la censura previa en el sistema interamericano de derechos humanos (vid. art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); y, en segundo lugar, de que las restricciones cumplan con las condiciones de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad (§ 104–109).

En relación con estos requisitos, la Corte hace hincapié en el hecho de que las posibilidades de imponer restricciones deben estar “*previamente* fijadas en la ley [...] para asegurar que [...] no queden al arbitrio del poder público” (§ 105), dejando clara así cuál es la preocupación que justifica la existencia de condiciones estrictas para los límites al ejercicio de la libertad de expresión. Las consideraciones de la Corte están completamente justificadas, como lamentablemente ponen de manifiesto diversos abusos estatales y del poder que se han presentado históricamente y en la actualidad.

En relación con la persecución de fines legítimos que motivan la imposición de restricciones, la Corte recuerda que pueden invocarse únicamente aquellos objetivos previstos expresamente como posibles justificaciones de restricciones en relación con determinado derecho o libertad (como se colige de § 106). Entre estos fines, se encuentra la protección de los derechos de otros, supuesto en el cual el Estado ha de realizar “una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de quien comunica [u otro derecho pertinente en un caso, añadido] y el derecho [por ejemplo, en este supuesto analizado] a la honra de la persona afectada” (§ 107). A juicio de la Corte, la honra corresponde a la “estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona” (§ 102). La Corte añade, con muy buen criterio, que, como no podía ser de otra manera, para solucionar colisiones entre ejercicios de derechos la “ponderación [...] deberá examinarse [en] cada caso [concreto], conforme a sus características y circunstancias, a fin de apreciar la existencia e identidad de los elementos en que se sustenta [el] juicio” (§ 103).

Adicionalmente, la Corte recuerda que una limitación de determinada libertad o de un derecho humano no es lícita de forma automática simplemente porque ella persiga “una finalidad legítima” (§ 108). Esto es así toda vez que es necesario, además, indagar si ella es proporcional y necesaria, a fin de evitar que se legitimen, indebidamente, restricciones “exagerad[as] o desmedid[as] frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación” (*ibidem*). Al respecto, la Corte Interamericana recuerda que ya en su opinión consultiva OC-5/85 había adoptado un criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que confirmó en el caso Álvarez Ramos, analizado en esta nota de jurisprudencia, según el cual si bien una restricción no ha de ser “indispensable” para

que pueda ser considerada como necesaria, tampoco es “suficiente demostrar que [es] “útil”, “razonable” u “oportuna”” para que lo sea (§ 109).

5. — En virtud de la centralidad del criterio de lo que considero como el *principal aporte* o apunte de la sentencia examinada, a saber, el concepto de los temas de interés público, en tanto las expresiones sobre los mismos no pueden ser sancionados penalmente, es necesario indagar qué entiende la CorteIDH por expresiones que formen “parte del *debate público*” (§ 113, énfasis añadido).

A efectos de determinar si algo pertenece a un debate de aquella naturaleza, la Corte recurre a tres criterios: uno subjetivo, otro funcional y uno tercero de naturaleza material.

El elemento subjetivo se refiere al hecho de que las personas sobre las cuales se realiza una expresión sean agentes del Estado “en la época relacionada con la denuncia realizada” en un ejercicio de la libertad de expresión (*ibidem*), sin que el hecho de que un funcionario “accione como privado” sea en sí mismo suficiente para considerar que este elemento no se cumple (§ 128).

El componente funcional, por su parte, corresponde al hecho de que las personas en cuestión hayan “ejercido como funcionario[s] en los hechos relacionados” (§ 113); mientras que el material supone que los temas sean “de relevancia pública” (*ibidem*). La Corte concluye, de forma adecuada a mi parecer, que en el caso concreto examinado se cumplen los tres criterios, en la medida en que la opinión vertida en su momento por la víctima:

“i) [H]ace referencia de manera textual a la administración del señor Lara al frente de la Asamblea Nacional; ii) se refiere al ejercicio de las funciones del señor Lara como funcionario público, y iii) el manejo o gestión de dineros o recursos públicos de la Caja de Ahorros y Previsión Social de los trabajadores de la Asamblea Nacional es un tema de interés público” (*ibidem*).

3027

7. — En lo referente a la justificación de la exclusión de medidas penales frente a expresiones que versen sobre debates públicos, la Corte se refirió a la protección que exige al respecto el sistema democrático en los siguientes términos:

“[E]n el caso de un discurso *protegido por su interés público*, como son los referidos a conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, la respuesta punitiva del Estado mediante el derecho penal *no es convencionalmente procedente* para proteger el honor del funcionario [...] el uso de la ley penal por difundir noticias de esta naturaleza, *produciría directa o indirectamente, un amedrentamiento* que, en definitiva, limitaría la libertad de expresión e *impediría someter al escrutinio público* conductas que infrinjan el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, hechos de corrupción, abusos de autoridad, etc. En definitiva, lo anterior *debilitaría el control público sobre los poderes del Estado, con notorios perjuicios al pluralismo democrático*” (énfasis añadido, § 121-122).

En efecto, la preocupación de la Corte subyacente a sus consideraciones sobre libertad de expresión coinciden en gran medida con la identificación de la importancia de evitar que se disuada un libre intercambio de ideas, especialmente sobre asuntos que conciernen de forma pública, en tanto tales disuasiones no sólo redundarían en perjuicio de los individuos en cuanto a las dimensiones individual y social de la libertad en cuestión, alusivas a la difusión de ideas y expresiones propias por “cualquier medio apropiado” (§ 96) y a la búsqueda, recepción y acceso a las informaciones y pensamientos

ajenos; sino que además, y como consecuencia de lo anterior, podrían tener el nefasto efecto de que:

“Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el *campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad*” (§ 95, énfasis añadido).

Estas preocupaciones y los fines garantistas que animan el análisis de la Corte no son irrelevantes ni teóricos en absoluto, como puede verse con distintos intentos de control social mediante intimidación o manipulación en lo referente al libre intercambio de ideas por parte de ciertos regímenes en el mundo. Ciertamente, incluso el género de la literatura distópica advierte sobre los peligros al respecto, como se puede observar con la noción de *Newspeak* en la novela 1984 de George Orwell y el concepto de *Doublespeak* como sistema de control social totalitario por medio del lenguaje (William Lutz, *Notes toward a Definition of Doublespeak, Beyond Nineteen Eighty-Four: Doublespeak in a Post-Orwellian Age*, National Council of Teachers of English, 1989, pp. 2-4).

A la luz de los argumentos de la Corte, y en la medida en que las expresiones (incluso incómodas, como se describirá a continuación) sobre asuntos públicos son legítimas y están protegidas, sería contradictorio “entender que los tipos [penales] prohíben lo que otras normas fomentan” (§ 123).

8. — Para reforzar sus conclusiones, la CorteIDH recuerda que la libertad de expresión protege no sólo “la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas” a juicio de los agentes del Estado o de la “opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan” (§ 114). La Corte añade que esto supone, necesariamente, que también están protegidas las expresiones incómodas o que emplean “un lenguaje incisivo, máxime cuando en una sociedad democrática las críticas hacia los funcionarios públicos no son solamente válidas sino necesarias” (§ 115).

9. — En la medida en que la víctima sufrió sanciones penales impuestas como consecuencia del ejercicio de su libertad de expresión, y que tal imposición contraviene los estándares del sistema interamericano de derechos humanos a la luz de los argumentos expresados hasta este momento (§ 123), la Corte no podía, a mi juicio, sino concluir, tal como lo hizo, que los castigos adicionales y accesorios a una pena principal ilegítima no pueden sino adolecer de los mismos defectos en términos de ilicitud internacional que la pena principal, en tanto su existencia depende de una decisión estatal contraria al derecho internacional de los derechos humanos. Por ende, la conclusión de la Corte es la única opción lógica que tenía por delante en cuanto al análisis de la “pena accesoria de inhabilitación política” que sufrió el señor Álvarez Ramos. Es por esta razón que concuerdo plenamente con la argumentación de la Corte en el sentido de que:

“[E]n razón de que la persecución penal y la sanción impuesta al señor Álvarez fue considerada violatoria del artículo 13 de la Convención [alusivo a la libertad de pensamiento y de expresión], la Corte concluye que *consecuentemente* la pena accesoria de restricción de los derechos políticos que le fue impuesta violó el artículo 23 de la Convención Americana [que reconoce derechos políticos], en relación con el artículo 1 del mismo instrumento” (§ 130, énfasis añadido).

Por otra parte, en tanto en el caso concreto se revirtió por las autoridades una limitación a la posibilidad de participar en procesos electorales, la Corte estimó que, en lo relativo a la restricción inicialmente prevista, merced a la corrección que efectuó el propio Estado no se verificó un daño constatable o una aplicación extemporánea de limitaciones, que en caso de haber existido podría haber conducido a una declaración de la existencia violaciones adicionales en el caso concreto (§ 131).

10. — Pasando al análisis del respeto de las garantías del debido proceso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos inició a su análisis confirmando que su aplicabilidad no se limita a los procesos judiciales (§ 143), a diferencia de lo que podría sugerir el tenor del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta consideración es un acierto, en tanto pueden existir abusos estatales por fuera de los foros judiciales en cuanto a la determinación de reclamaciones o derechos, según ya se expuso por la CorteIDH, por ejemplo, en el caso Baena Ricardo y otros contra Panamá en 2001 (§ 124 de su sentencia de fondo, reparaciones y costas sobre aquel asunto). En efecto, la Corte menciona el hecho de que es imprescindible garantizar “que las personas puedan defenderse adecuadamente ante *cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos*” (§ 143, énfasis añadido), razón por la cual frente a todo acto de tal índole es menester que existan “condiciones [...] para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones estén bajo consideración” (§ 144).

La CorteIDH no acogió todas las pretensiones sobre alegaciones de presuntas violaciones a las garantías del debido proceso invocadas en el caso Álvarez Ramos vs. Venezuela. En este sentido, por ejemplo, concluyó que no hubo indicios de afectaciones a los derechos humanos como consecuencia del saneamiento que se permitió frente a una acusación privada en contra de la víctima, toda vez que el mismo se efectuó “de acuerdo a la ley procesal”, sin que afectase la posibilidad de defensa (§ 146).

3029

11. — Adicionalmente, la CorteIDH estimó que no se presentaron “elementos probatorios fehacientes que le permitan considerar que las autoridades judiciales actuaron con ausencia de imparcialidad o independencia que habrían influenciado de manera central y decisiva su decisión” (subrayado añadido, § 152). Al respecto, fue crucial el recordatorio de la Corte de que la “imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario” (subrayado añadido, § 150). La Corte mencionó que podría considerarse que no hay imparcialidad “personal o subjetiva” cuando se demuestre “que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes”; mientras que los análisis sobre imparcialidad objetiva corresponderían a la indagación de si existen elementos sobre “temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre [la] persona” de un juez (*ibidem*). A la luz de estas consideraciones, la presunción en cuestión se desvirtuaría, por ejemplo, si se comprueba que un juez “ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales” (§ 151).

En el caso examinado la Corte Interamericana también se pronunció sobre la interesante cuestión de la sustitución de jueces provisionales. La CorteIDH clarificó que las provisionalidades judiciales han de ser excepcionales y que, cuando existan, se deben ofrecer y observar salvaguardas como su no extensión indefinida, la existencia de condiciones objetivas y claras para su finalización, la realización de concursos públicos para “proveer los reemplazos con carácter permanente”, o la existencia de “procesos de restitución respetuosos de las obligaciones internacionales de los Estados [...] antes de la expiración del mandato” (§ 148). Sin embargo, se concluyó que en el caso concreto no se presentaron destituciones o remociones contrarias a aquellos

estándares, sino “sustituciones temporales” (§ 149), sin que se demostrase la contravención de los mismos.

12. — Dicho lo anterior, en cuanto a la posibilidad de que la defensa disponga de medios adecuados para poder actuar, incluyendo aspectos sobre posibilidades temporales de preparación y el acceso a “materiales y pruebas que la acusación desea utilizar [...] así como elementos exculpativos”, tras recordar que es menester observar plenamente las exigencias de legalidad y proporcionalidad en caso de que se restrinjan garantías, la Corte condenó al Estado demandado porque estimó que en el caso no se tuvo, por parte de la defensa, acceso oportuno a elementos relevantes para la defensa, lo cual supuso “la imposibilidad de acceder a la totalidad del expediente y las pruebas que basaron la ampliación de la acusación”, afectándose, por ejemplo, la posibilidad de controvertir videos posiblemente incriminatorios en términos de su posible manipulación (§ 156).

13. — Por otra parte, la Corte consideró que las garantías procesales también se violaron en cuanto al manejo de las pruebas testimoniales en el ámbito interno. La CorteIDH concluyó esto como consecuencia de la verificación de que se efectuó una detención, durante audiencia pública, de un testigo, sin que se cumpliesen “las garantías mínimas del debido proceso [...] toda vez que simplemente, ante la acusación de la abogada del señor Lara de que el testigo habría mentado [...] sin mayor justificativa o argumentación” se procedió a detenerle (§ 159). Lo anterior contravino la “garantía de la defensa de interrogar a los testigos”, y generó “preocupación o temor” en subsiguientes declarantes (*ibidem*, § 159-160), con un efecto intimidatorio y disuasorio que afectó negativamente a la defensa.

3030

14. — Frente al derecho de circulación y residencia, la CorteIDH reiteró el criterio expuesto frente a otros derechos susceptibles de restricciones, en el sentido de sostener que la licitud (o no) de tales limitaciones depende del cumplimiento de “requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad” (§ 172), explicando que la legalidad no se refiere únicamente a la existencia de la contemplación de la posibilidad de limitar derechos y libertades en una ley, sino que además exige que una norma que permita restricciones carezca de ambigüedades, “de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción y con ello evitar actuaciones arbitrarias y discrecionales en virtud de interpretaciones extensivas de la restricción” (§ 173). Este análisis confirma y revela las justificaciones garantistas del análisis que efectúa la Corte, que está completamente justificado ante la existencia de tentaciones y abusos del poder estatal, cuya materialización se busca prevenir por medio de las garantías en cuestión.

La Corte también estimó que si bien existía “formalmente [...] una] previsión legal usada” por la autoridad judicial venezolana en el caso concreto en cuanto a su adopción, las medidas cautelares que afecten la libertad de circulación han de ser excepcionales, debido al juego de la “presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad”, los cuales exigen evitar que las medidas de aquella naturaleza se tornen “en un sustituto de la pena privativa de la libertad ni cumplir” sus fines e impedir que se conviertan en sanciones anticipadas (§ 175).

Por lo anterior, las medidas cautelares restrictivas de derechos y libertades sólo pueden usarse “si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir su función”. También se exige que se “justifique su adopción” (§ 177), lo que no se presentó en el caso concreto, en tanto la imposición de restricciones frente a la libertad en cuestión no se vio acompañada de “algún análisis objetivo o indicios que pudieran acreditar la posibilidad de fuga [...] ni tampoco la

necesidad de [la] medida restrictiva” (§ 178), lo cual supone que no se verificó la “fundamentación requerida para justificar la necesidad y proporcionalidad” de restricciones de derechos humanos (§ 179). Este requisito de motivación es importante, en tanto se ha explicado, por ejemplo, en análisis del llamado *Global Administrative Law*, que la notificación de motivaciones permite controlar las decisiones que afecten a terceros (Benedict Kingsbury, *The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law*, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009).

14. — Finalmente, en lo referente a la existencia de un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo (§ 183, 188) que pueda ser empleado e invocado contra actos violatorios de derechos fundamentales, previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte reiteró su jurisprudencia constante en el sentido de que para determinar la efectividad de un recurso tal no es suficiente constatar su previsión, existencia o admisibilidad formal en el ordenamiento jurídico interno (§ 184), en tanto:

“No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales” (*ibidem*).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el derecho reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana no se violó, al no haberse demostrado su inexistencia (§ 190). De hecho, la Corte juzgó que en el caso que examinó se verificó su existencia en la medida en que el resultado de su empleo fue la “confirmación de que [la] inhabilitación política no se aplicaría a la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela. Como consecuencia, el señor Álvarez participó de los procesos electivos para los cuáles postulaba” (§ 188). Si bien una decisión de revisión puso de manifiesto la existencia de “una diferencia de interpretación sobre las modalidades de inhabilitación política existentes en el ordenamiento jurídico venezolano” (§ 189), esta particularidad “no produjo ningún impacto en [el] derecho sustantivo” del señor Álvarez ni reflejó consideraciones sobre su derecho (§ 190).

15. — Un análisis del caso permite revelar que las acusaciones que pudiesen formular algunos Estados, como el demandado, de que se desconoce su soberanía y se interviene en su contra serían infundadas y completamente falsas. La sentencia demuestra que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha actuado de forma imparcial y objetiva en tanto argumentó con claridad por qué acogió algunas pretensiones y rechazó otras, dando la razón en algunos apartes al Estado demandado. Además, la CorteIDH declaró que si bien una oposición venezolana al análisis de los derechos de otras presuntas víctimas en el caso contencioso en cuestión no afectaba la admisibilidad del caso, si era procedente la objeción del Estado en términos de decidir que, al no haber una situación de violaciones masivas o colectivas que dificultasen la identificación de otras presuntas víctimas, limitaría su estudio a las posibles vulneraciones de la única persona identificada en el informe de fondo que sustentó la demanda, a saber: el señor Álvarez Ramos (§ 31-32). En cuanto a las declaraciones de responsabilidad que efectúa la Corte, ellas son sencillamente constataciones de ilicitud que confirman que la soberanía no es absoluta, sino que debe ejercerse de conformidad con las exigencias del derecho internacional para cada sujeto del mismo (Nicolás Carrillo Santarelli, *Responsabilidad*

internacional por persecuciones políticas en Venezuela: el caso Sosa y otros desarrollos generales y regionales, Revista Internacional de Derechos Humanos, No. 8, 2018).

La sentencia también ofrece luces sobre cómo responder en algunos apartes a solicitudes de opiniones consultivas en curso, como una presentada por Colombia el 6 de mayo de 2019 relativa a los efectos de las denuncias de tratados, habiéndose clarificado por parte de la Corte que el caso analizado en este texto era admisible a pesar de la existencia de una denuncia o retiro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del Estado de Venezuela (con efectos desde el 10 de septiembre de 2013), en tanto los hechos “analizados son anteriores al momento en que la denuncia de la Convención puede producir efectos” (§ 16).

Adicionalmente, la CorteIDH explicó qué tipo de objeciones pueden considerarse, o no, como excepciones preliminares. Al respecto, en su decisión se clarifica que el hecho de que existan defectos sobre ofrecimientos probatorios propuestos por una de las partes en una controversia no es suficiente para desvirtuar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la demanda por razones materiales, personales, temporales o de lugar, razón por la cual la invocación de protestas de esta índole no constituye una excepción preliminar (§ 24).

15. — Ante todo es menester resaltar, especialmente, que la decisión confirma y expone estándares interamericanos valiosos para la preservación de un sistema de diálogo y contestación democrática abierta que prevenga la concreción de tendencias autoritarias y refuerce la protección de discusiones sobre asuntos de interés público, de forma consistente con desarrollos en el sistema de la OEA.

Ciertamente, es pertinente traer a colación el hecho de que la Carta Democrática Interamericana estipula en su artículo 4 que “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”. La Corte ya ha hecho hincapié en cuán inescindibles, interdependientes e interrelacionadas resultan ser las garantías que protege y supervisa frente a la vigencia de un sistema democrático, habiendo dicho, por ejemplo, en su opinión consultiva OC-8/87, que:

“En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (§ 26).

También es pertinente mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, como por ejemplo en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, ideas afines, en el sentido de que:

“Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.

Además, en su documento sobre “Antecedentes e Interpretación” de aquella Declaración, se menciona por parte de la Comisión, y de forma coincidente con lo manifestado por la CorteIDH, que:

“La penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que

tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático”.

Para concluir, estimo conveniente mencionar que si bien en el caso examinado se cumplen tres requisitos, puede haber situaciones en las que haya un interés público incluso si alguno de los tres factores mencionados en la sentencia no está presente, como podría ocurrir cuando particulares se ocupan de asuntos públicos o con impacto de tal naturaleza; y en estos supuestos también es procedente y legítimo exigir y brindar una protección reforzada, especialmente por las nuevas (o resurgentes) dinámicas socio-políticas a nivel mundial.

Los Nubian y el derecho a una nacionalidad: las Decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y del Comité Africano de Expertos en los Derechos y Bienestar de los niños

di María del Ángel Iglesias

Title: The Nubians and the Right to a Nationality: Decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights and the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child

Keywords: Africa; Nubians; Rights and Welfare of the Child; Right to a Nationality.

3035

1. – Una de las más penosas consecuencias de la colonización en África fue la sufrida por los Nubian. Se trata de un antiquísimo pueblo que habitaba en el Valle del Nilo del que quedaron bajo Egipto unos y Sudán otros en 1956 (Kirwan L.P (1974, 43-51). Así, aunque no originarios de Kenia, fueron llevados por los británicos a principios del siglo XX desde Sudán, siendo asentados en Kibera sin que se les otorgara nacionalidad alguna (recuérdese en este punto que, a los traídos desde la India para la construcción del ferrocarril, sí obtuvieron tal nacionalidad).

2. – Dos documentos son relevantes al respecto: de un lado la Comunicación 317/2006 *The Nubian Community in Kenya vs The Republic of Kenya* de enero de 2015, y de otro la *Decisión del Comité africano de expertos en los derechos y bienestar de los niños* (ACERWC) de 22 de marzo de 2011.

Ambas tienen como actores a este pueblo. Llama sin duda la atención el hecho de que la primera petición, sea presentada en 2006 y decidida en 2015, en tanto que la segunda lo fuere en 2009 y decidida en 2011. Es decir, que la primera tardó nueve años en decidirse en tanto que la segunda dos. La primera ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la segunda ante el Comité de los derechos del Niño. En este trabajo comenzaremos tratando esta última relativa a la infancia.

3. – Los hechos que dan lugar a constan bien descritos en la Comunicación del Comité de 22 de marzo 2011. Incluso después de que Kenia alcanzara la independencia el estado les trató como extranjeros ya que no tenían “casa ancestral” en el país y por tanto no se les otorgó nacionalidad keniana. En efecto, los británicos les consideraron sudaneses.

Los Nubian alegaban tener un derecho a aquélla dado el lazo que les unía con la tierra: ni una ni otra les eran reconocida. Ello traía como consecuencia serias dificultades de los padres cuando iban a registrar el nacimiento de sus hijos dado que sus documentos de identidad carecían de validez: el hecho de su certificado de nacimiento en Kenia indicaba explícitamente que no constituía prueba alguna de ciudadanía lo que producía una situación contraria al artículo 6 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del niño.

Así nos encontramos con la situación de niños en Kenia sin prueba de nacionalidad, pero que al menos guardaban legítimas expectativas de poder ser reconocidos como nacionales cuando alcanzan la edad de los 18 años, por el hecho de su nacimiento en Kenia, situación que difería con respecto a sus padres que carecían de documento de identidad (esencial para lograr el reconocimiento) o si lo conseguían, ello ocurría tras mucho tiempo. Obvia resaltar que tal escenario repercutía en los niños que quedaban como apátridas, cuando menos durante una buena etapa de sus vidas, y constituía desde luego una discriminación con respecto a los demás nacidos en el estado keniano.

Los artículos que se consideraban infringidos eran los artículos 6 (derecho a tener un nombre y una nacionalidad), apartados 2, 3 y 4, el 3 (principio de no discriminación), el 11 (derecho a la educación) y el 14 (derecho a la salud y servicios médicos).

Según consta en el parágrafo 14, no se recibió por parte del estado keniano respuesta alguna.

Se examinan en la Comunicación los criterios de admisibilidad del artículo 44 de la misma Carta, lo que considera cumplido. Además, el requisito de haber agotado los recursos internos había sido alegado por los demandantes que mostraron haber realizado lo necesario durante un periodo de siete años a fin de resolver la cuestión favorablemente, sin resultado. Junto a ello, argumentaron el intento del CEMIRIDE que encontró numerosos obstáculos procesales y retrasos injustificados derivados de peticiones innecesarias por parte de los diferentes jueces por los que el asunto había pasado. Al respecto el parágrafo 20 no puede ser más ilustrativo:

«Frustrated with the process, especially with the fact that within fifteen months of filing, the case had been brought before five different judges none of whom had proceeded with it, the Complainants indicate that a letter was sent to the Chief Justice of Kenya stating that there appeared to be a deliberate placement of administrative and procedural obstacles in the path of the determination of the application brought on behalf of the Nubian community. In this regard, the Complainants indicate that no response to this letter, and other letters sent on 24 July 2004, 24 September 2004, and 24 January 2005 was received. »

Como consecuencia de los anterior, habían ya transcurrido más de seis años y el asunto aún estaba pendiente. Este retraso injustificado bastaba para invocar la no necesidad de agotar los recursos previos.

Luego, procede al estudio del resto de requisitos que considera cumplidos y al del agotamiento de recursos previos para finalmente también considerar que cabe la excepción (para 31) remarcando el principio del bien superior del niño que debe evitar dejarles (como en el presente caso) en un limbo jurídico (para 29), “a year in the life of a child is almost six percent of his or her childhood” pasa a señalar para resaltar la importancia de la protección del interés supremo del menor.

Respecto al fondo del asunto, compara a propósito el dictado literal del derecho contenido en la Carta Africana de los Derechos del Niño con la de Naciones Unidas (NNUU), constatando la ausencia de “desde su nacimiento” en la primera. El precepto,

sin embargo, debe ser interpretado a la luz de los dictados del Comité de Derechos Humanos de NNUU. Desde luego, no duda al afirmar (para 42) que:

«The seemingly routine practice (which is applied more of as rule than in highly exceptional instances) of the State Party that leaves children of Nubian descent without acquiring a nationality for a very long period of 18 years is neither in line with the spirit and purpose of Article 6, nor promotes children's best interests, and therefore constitutes a violation of the African Children's Charter. »

4. – La cuestión de la apatridia que puede provocar esta situación es tratada en el contexto de la Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, de 1954 junto a la Carta Africana de la infancia que estatuye un artículo 6 apartado 4 alineado con la primera ya que establece el deber de los estados de prevenir y/o reducir la apatridia (obligación de resultado, no de mera conducta como señala más adelante (en para 52). Importante es la afirmación de que la definición de la Convención se acepta como parte del derecho internacional consuetudinario (para 44).

Si bien como acertadamente señala el Comité y no podría ser de otro modo, cada estado establece sus normas sobre la adquisición de la nacionalidad (para 44), no puede obviarse el impacto que puede causar sobre un niño (y sobre cualquier persona) el estado de apatridia. Este estatus, según el Comité, no se ha aplicado a todos los niños Nubian pero sí es un hecho que muchos de ellos han quedado bajo tal situación. Además, la propia Constitución de 2010 de Kenia establece que se presume que un niño menor de ocho años de edad cuyos padres "are not known" es ciudadano por nacimiento, pero no parece ser una garantía suficiente para garantizar los derechos de la infancia especialmente en situaciones como la de "los niños nacidos en Kenia de padres apátridas" (para 53).

En fin, de ello se desprende que el artículo 6 en sus apartados 2 a 4, han sido vulnerados y en consecuencia de lo anterior, del trato diferenciado que existe respecto a los niños Nubian, el estado keniano ha vulnerado el artículo 3. También se debe resaltar la afirmación de que "la discriminación racial y étnica está prohibida como norma *jus cogens* del derecho internacional" (para 56).

5. – Encontramos aquí una invocación del asunto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yean and Bosico v. Dominican Republic* (I-ACtHR Judgment of 8 September 2005).

En este caso se denegaba u obstaculizaba "el certificado de nacimiento y el reconocimiento de la nacionalidad de los dominicanos de ascendencia haitiana como parte de una política deliberada que efectivamente convertía a los niños en apátridas constituía discriminación racial" (para 56). En fin, tras una investigación exhaustiva de la situación de los niños de ascendencia nubia en Kenia, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenia llegó a la conclusión de que "el proceso de investigación.... de los Nubian... es discriminatorio y viola el principio de igualdad de trato". Esta práctica no tiene cabida en una sociedad democrática y pluralista". "Para que se justifique un trato discriminatorio, la Comisión Africana ha advertido que "las razones de las posibles limitaciones deben estar fundadas en un interés legítimo del Estado y que las limitaciones de los derechos deben ser estrictamente proporcionales (sic) y absolutamente necesarias para las ventajas que se obtengan (para 57), invocando el Comité otros precedentes: el *Legal resources Foundation v. Zambia, Communication No. 211/98*, para 67 y *SERAC v. Federal Republic of Nigeria, Communication No. 155/96*, (para 58).

6. – En fin, la vulneración de este derecho contagia la vulneración de otros, y así se considera desde luego infringido el artículo 3 (principio de no discriminación) pero también el artículo 14 (derecho a la salud) al no haber podido tener acceso a servicios básicos. El caso *Purohit* (*Purohit and Moore v. The Gambia, Communication 241/2001*) y el asunto *Free Legal Assistant* son también invocados (*Free Legal Assistance Group and Others v Zaire, Communications No 25/89, 47/90, 56/91, 100/93*) y el 11(3) o derecho a la educación o el artículo 31 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño”:

Y para concluir y antes de declarar la infracción de los preceptos mencionados, dice el Comité: “Las implicaciones del impacto multigeneracional de la denegación del derecho a la nacionalidad son manifiestas y tienen un efecto mucho más amplio de lo que puede parecer a primera vista en el caso. Se ha alegado que el resultado es el subdesarrollo sistémico de toda una comunidad” (para 68).

7. – Si el caso anterior está referido a los niños, aún los Nubian habían presentado petición ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en 2006 (*Communication 317 / 2006 – The Nubian Community in Kenya vs The Republic of Kenya*, Decisión de 28 de febrero de 2015). En este primer intento de esta comunidad, se alega precisamente el estado a que conducía la falta de reconocimiento de la nacionalidad keniana de los Nubian quienes eran considerados extranjeros. Es en este asunto en el que los Nubian alegan la discriminación de que habían sido objeto respecto a los trabajadores de la India que habían trabajado en la construcción del ferrocarril a finales del siglo XIX (amén de que habían ayudado a hacer frente a los alemanes en el reparto de África en la zona). En tanto que a éstos se les había concedido la nacionalidad británica, no había ocurrido así con los demandantes que eran descendientes de sudaneses llevados para ayudar a las fuerzas militares británicas pero que al finalizar la primera guerra mundial y pese que habían solicitado regresar a Sudan, no habían sido atendidos en tal petición. Los demandantes, descendientes de éstos, ya habían vivido toda su vida en Kenia y en condiciones de pobreza. Tras la independencia, tampoco pudieron lograr la nacionalidad keniana por lo que carecían de documentos de identidad con todo lo que ello implica: tener de facto estatus de apátridas, personas sin tierra y desde luego objeto de arbitrarias órdenes de desplazamiento por diferentes zonas de Kenia sin compensación alguna. Los artículos de la Carta Africana y de los Pueblos que consideraron vulnerados fueron el 1, 2, 3, 5, 12 (1) y (2), 13, 14, 15, 17(1), 18, 19, 22 y 24.

8. – La Comisión estudia la cuestión relativa al agotamiento de los recursos internos como condición previa que ha de cumplirse y cuya prueba compete al estado demandado. Los demandantes, al respecto, habían alegado que esencialmente no existían por la excesiva duración de los mismos fruto de obstáculos administrativos y procesales lo que hacía que fuera inefectivo el sistema. Por parte de la Comisión se invocan tanto asuntos internos, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Tribunal de Estrasburgo para llegar a la conclusión de que el requisito se cumplía.

El trato discriminatorio que alegan los demandantes (violación de los artículos 2 y 3 de la Carta Africana) al tratar de obtener documentos de identidad pasa por un proceso lento y humillador que deriva de su etnia y religión: debían presentar documentos adicionales como la identificación documental de sus antepasados, pasar por el *vetting committee* para su aprobación o no, ir a los juzgados para ello y efectuar un

pago, cuatro requisitos que no se exigían al resto de ciudadanos de Kenia somalís o árabes. La Comisión declara que:

The reason for singling out these grounds is because they have historically been misused to oppress and marginalise peoples with these attributes, thereby demeaning the humanity and dignity inherent in them.

9. – No encontramos en la Decisión de la Comisión argumentos respecto a sus creencias particulares, sino que, en nuestra opinión, el convencimiento de ésta respecto a la existencia de trato diferenciado deviene de lo que estatuye en el párrafo 131:

«The Commission considers that the reason for singling out these grounds is because they have historically been misused to oppress and marginalise peoples with these attributes, thereby demeaning the humanity and dignity inherent in them. The Commission considers further that differential treatment on any of the grounds listed above, without objective justification and which has the effect of imposing burdens on a particular segment of society and impairing their dignity is unfair and discriminatory. »

Además, confirma más adelante el trato humillante del que eran objeto, la falta de respeto a la dignidad de la persona y pone énfasis en que:

«The issue in the present Communication is not that Nubians cannot obtain Kenyan citizenship, but that arbitrary standards and undue hurdles are allegedly put in place by the administration which impede their access as a community to identity documents which are proof of their citizenship. »

Apoyándose en instrumentos internacionales como la Convención de 1954 o la de 1961 para la reducción de los casos de apatridia (*Convención para reducir los casos de Apatridia*, adoptada en Nueva York el 30 de agosto de 1961) y desde luego los propios regionales como la Carta Africana para los derechos de la infancia, declara que el estado keniano ha vulnerado los preceptos 2, 3 y 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos siendo la del artículo 14 (derecho a la propiedad) y demás alegados (12, 13, 15, 16, 17 (1) y 18) consecuencia de la anterior, lo que hace que el artículo 1 quede igualmente afectado.

10. – A pesar de estos dos dictados, los Nubian no han visto satisfechos, conforme a ley, los derechos que como personas les pertenecen, o dicho sea de otra forma, un nuevo problema se han encontrado relativo a su registro. La *Registration of Persons Act* contiene disposiciones, como la de la inclusión de ADN como elemento identificador biométrico, o la definición de *Global Positioning System co-ordinates*. Ello ha conducido a un nuevo pronunciamiento por parte de la *High Court of Nairobi* de 1 de abril del presente año de 2019 resultante del recurso presentado por el *Nubian rights Forum y otros contra The Hon. Attorney-General et al.* respecto al Sistema Nacional Integrado de Gestión de la Información (NIIMS), resolviendo el Tribunal que los mencionados elementos quedan en suspenso, de manera que el estado no podrá “Establecer la recopilación de información y datos personales en el NIIMS como condición previa para la prestación de cualquier servicio público o gubernamental, o para el acceso a cualquier instalación pública o gubernamental”.

La Corte Suprema indiana riconosce il diritto di accesso di tutte le donne al tempio di Sabarimala

di Mara Bisi

Title: The Indian Supreme Court recognizes the right of access of all women to the Sabarimala Temple

Keywords: India, Sabarimala Temple, Fundamental Rights.

1. – Con la sentenza del 28 settembre 2018 la Corte Suprema indiana ha riconosciuto il diritto di accesso allo storico tempio di Sabarimala anche alle donne di età compresa tra i 10 e i 50 anni, così ponendo fine a una consuetudine secolare che proibiva alle devote della divinità di *Lord Ayyappa* in età fertile di farvi ingresso.

La sentenza, che ha riconosciuto la preminenza dei principi fondamentali dell'uguaglianza e della non discriminazione rispetto alla libertà religiosa e ai diritti riconosciuti alle confessioni religiose, ha sortito reazioni avverse nell'opinione pubblica e ha turbato gli equilibri politici sia all'interno dello stato del Kerala sia a livello dell'Unione indiana. Il caso ha avuto un forte impatto anche a livello mediatico, e l'espressione *Sabarimala issue* si trova frequentemente sui quotidiani indiani (*No change in govt's stand on Sabarimala issue: Kerala CM*, The Times of India online, 29 agosto 2019, disponibile al seguente link <https://timesofindia.indiatimes.com/city/thiruvananthapuram/no-change-in-govts-stand-on-sabarimala-issue-keralacm/articleshow/70888770.cms>, ultimo accesso 28 settembre 2019).

Alla data odierna, i quotidiani locali hanno riportato che solo due donne hanno fatto con certezza il loro ingresso nel tempio, scortate dalle autorità locali, e al loro ritorno è stato loro proibito l'ingresso nella propria abitazione (*Sabarimala issue: Village court allows Kanakadurga's entry to her husband's house*, The Times of India online, 6 febbraio 2019, disponibile al seguente link <https://timesofindia.indiatimes.com/city/kozhikode/sabarimala-issue-village-court-allows-kanakadurgas-entry-to-her-husbands-house/articleshow/67858496.cms>, ultimo accesso 26 settembre 2019).

La serietà dell'argomento sottoposto alla Corte Suprema, nonché la novità dell'autorevole decisione in commento, hanno fatto sì che, a seguito del deposito di ben 65 *review petition* a norma dell'art. 137 della Costituzione indiana, la Corte potrebbe riesaminare la questione.

La vicenda Sabarimala rappresenta un esempio del costante conflitto in India tra diritti costituzionalmente garantiti e realtà sociale, tra pluralismo giuridico e

confessionale e diritto di godere in maniera eguale di tutti i diritti fondamentali dell'individuo.

La sentenza in commento rappresenta altresì un esempio del dibattuto *judicial activism* della Corte Suprema, che si è fatta portatrice degli interessi costituzionalmente garantiti al fine di promuovere il mutamento sociale e un'evoluzione verso uno stato di *welfare* e di comune godimento dei diritti da parte di ciascun soggetto all'interno dell'Unione indiana (P. B. Mehta, *India's Unlikely Democracy: The Rise of Judicial Sovereignty*, Journal of Democracy, vol. 18 no. 2, 2007, p. 70). Il tenore del provvedimento mostra altresì come la tecnica del bilanciamento dei diritti, e una lettura cd. *harmonious* delle disposizioni costituzionali, porti a una maggiore implementazione dei precetti della Costituzione, alla perenne ricerca dell'affermazione dei suoi principi fondamentali di giustizia, libertà, uguaglianza e fratellanza.

Come osservato da Dhananjaya Y Chandrachud nella sua *opinion* all'interno della pronuncia della Corte Suprema, la Costituzione indiana non può essere compresa se non vi è la percezione dei valori di cui il suo testo è portatore, così come enunciati nel preambolo. In conseguenza di ciò, Chandrachud afferma che anche i diritti religiosi e la libertà confessionale per ciò che concerne questioni di credo, fede e culto devono in ogni caso essere temperati e interpretati alla luce dei diritti fondamentali e dei valori costituzionali, e un ruolo di primaria importanza deve essere assegnato alla Corte Suprema nel ridefinire i limiti degli ordinamenti religiosi e della libertà religiosa, con particolare riferimento al culto in luoghi pubblici (Chandrachud par. 28).

In particolare, in India assume un significato rilevante l'attribuzione della qualifica di luogo di culto pubblico; ciò in quanto dalla natura pubblica del tempio discendono conseguenze importanti sul piano giuridico con riferimento al bilanciamento tra i diritti costituzionalmente garantiti, da un lato di libertà e uguaglianza e, dall'altro, di professare la propria religione e praticarne il culto. In altri termini, la tendenza pare essere quella di concedere maggiori poteri allo Stato nel disciplinare le pratiche e consuetudini religiose dei luoghi di culto aperti al pubblico rispetto ai luoghi di culto privati.

In merito, la Corte Suprema indiana si è da sempre soffermata sulla questione inerente ai limiti dell'intervento statale negli affari religiosi, ampliando progressivamente il raggio d'azione dello Stato a tutti gli affari che non concernano le cd. *essential religious practices*, sul cui significato il contributo si soffermerà *infra* (V.R. Scotti, *The 'Essential Practice of Religion' Doctrine in India and its application in Pakistan and Malaysia*, Stato, Chiese e pluralismo confessionale, 8 febbraio 2016, n. 5/2016, p. 7).

2. – La vicenda sottoposta alla Corte Suprema indiana riguardava lo storico tempio di Sabarimala, che si trova nel distretto di Pathananthitta in Kerala ed è dedicato alla divinità di *Lord Ayyappa*.

Il tempio è di natura pubblica (*Heir of Deceased Maharaj Purshottam Lal Ji Maharaj Junagad v. M/s. Ajanta Estate Agency, Junagad* (1986) AIR SC 2094), dalla quale discende la possibilità per tutti i fedeli di potervi fare ingresso *as of right, ergo* di diritto (N. Nandi, *Encyclopaedia of Hindu Law*, Dwivedi Law Agency, Allahabad, p. 90) ed è amministrato dal *Travancore Devaswom Board* per ciò che concerne la gestione delle ricchezze e della proprietà intestate alla divinità e le attività di culto che si svolgono nel tempio.

All'interno del tempio si trova l'idolo della divinità di *Lord Ayyappa*, il quale al momento della sua installazione tramite la cerimonia della *prathishta* è stato installato in forma celibe (*'Naishtik Brahmachari'* eterno celibe, Malhotra par. 7.2).

In conseguenza di questa peculiare caratteristica dell'idolo, e secondo quanto prodotto negli atti del giudizio in commento, i fedeli di *Lord Ayyappa* ritennero di dovere vietare l'ingresso al tempio alle donne di età compresa tra i 10 e i 50 anni, in quanto in tale periodo si presumeva che le donne fossero in età fertile e per tale ragione potessero turbare la purezza della divinità contaminandola. L'aspetto della contaminazione (*pollution*) è molto importante anche con riferimento ai rapporti tra caste come vedremo al paragrafo 5.

Tale divieto venne poi legittimato in un primo momento da due *Notification* del *Travancore Devaswom Board* del 1955 e del 1956 (Chandrachud par. 26) e, successivamente, dalla *Rule 3 (b)* delle *Kerala Hindu Places of Public Worship (Authorization for Entry) Rules 1965* (per brevità, anche *'Rules 1965'*), redatte sulla base del *Kerala Hindu Places of Public Worship (Authorisation of Entry) Act, 1965* (per brevità, anche *'Act 1965'*). La *Rule 3* in esame prevedeva alla sua lettera (b) che le donne non potessero fare ingresso nei templi pubblici nei periodi in cui secondo le consuetudini e gli usi delle confessioni religiose non era loro permesso.

La consuetudine di esclusione delle donne in età fertile del tempio di Sabarimala è stata oggetto di un primo caso davanti alla *High Court of Kerala* (*S. Mahendran v. The Secretary, Travancore Devaswom Board, Thiruvananthapuram & Ors.* (1993) AIR Ker 42) ma la medesima aveva ritenuto che il divieto d'accesso fosse una consuetudine di tempo immemorabile e che pertanto non fosse discriminatoria, in quanto protetta dalle disposizioni costituzionali in materia di libertà religiosa e diritti delle confessioni religiose.

Successivamente, nel 2006, la Indian Young Lawyers Association presentò alla Corte Suprema indiana una *writ petition* contro *The Government of Kerala, Devaswom Board of Travancore, Chief Thantrhri of Sabarimala Temple* e *The District Magistrate of Pathanamthitta*, attivando così la giurisdizione originaria della Corte in materia di diritti fondamentali della parte III della Costituzione; ciò al fine di veder riconosciuto il diritto delle donne in età fertile di entrare liberamente nel tempio di Sabarimala, nonché per ottenere la dichiarazione di incostituzionalità della *Rule 3 (b)* delle *Rules 1965*, in quanto contraria agli artt. 14, 15, 25 e 51A(e) della Costituzione e *ultra vires* rispetto alle disposizioni del *Act, 1965*.

I convenuti si costituirono in giudizio sostenendo che l'usanza in questione fosse legittimata sulla base della disposizione di cui all'art. 25 (1) della Costituzione (libertà di coscienza e diritto di professare, praticare e propagandare liberamente la propria religione) e all'art. 26 (b) (autonomia delle confessioni religiose nella gestione degli affari inerenti al culto).

La Corte Suprema, a seguito dell'esposizione delle motivazioni *infra* esaminate, ha rimosso il divieto, così permettendo alle donne di età compresa tra i 10 e i 50 anni di fare il loro ingresso nel tempio. La Corte Suprema, nella sua composizione di *constitutional bench* a 5 giudici, ha deliberato con una maggioranza di 4-1, con la redazione della sentenza da parte del Giudice Dipak Misra per sé stesso e per il Giudice Khanwilkar, mentre i Giudici Chandrachud e Nariman hanno firmato due diverse *concurring opinion*. L'unico Giudice di sesso femminile, Malhotra, ha espresso opinione contraria redigendo la propria *dissenting opinion*.

3. – Come acutamente osservato da Chandrachud nella sua *concurring opinion* la questione alla base del caso Sabarimala è se la Costituzione indiana legittimi il divieto di ingresso delle donne in età fertile nel tempio di Sabarimala sulla base del rispetto

della libertà di professare la propria religione di cui i all'art. 25 della costituzione e dei diritti delle confessioni religiose di cui all'art. 26 (Par. 4).

Al fine di dare compiuta risposta a questo interrogativo, la Corte Suprema ha dovuto affrontare diverse questioni e, in particolar modo, è stata chiamata a definire i limiti dell'operatività dell'art. 25 (1) e dell'art. 26 (b), quali armi di protezione delle consuetudini e usanze religiose.

A norma dell'art. 25 (1) della Costituzione, tutte le persone hanno una pari libertà di coscienza e un uguale diritto di professare, praticare e propagandare liberamente la propria religione; l'art. 26 (b) prevede invece una generale autonomia delle confessioni religiose nella gestione dei propri *cd. religious matter*.

In primo luogo, nell'analisi giurisprudenziale legata all'art. 25 (1), Misra rileva che lo stesso fa riferimento a tutte le persone, ponendo l'accento sul significato del termine "persona" e sul fatto che tale termine include obbligatoriamente anche le donne (par. 98). Il termine persona, sottolinea ancora Misra, non è legato al genere o a fattori fisiologici, come la fertilità della donna, bensì fa riferimento a tutti gli individui in senso lato (par. 100). Condivide questa visione anche Nariman, che nella sua *concurring opinion* evidenzia ulteriormente che il termine "persone" si riferisce alle *cd. natural persons*, e non anche alle persone giuridiche (par. 21.1). Secondo Chandrachud, inoltre, il fatto che l'articolo si esprima in termini di tutte le persone è finalizzato a dare enfasi alla natura universale dei diritti ivi contenuti; questa interpretazione è rafforzata dal combinato disposto dell'art. 25 (1) e dell'art. 14 dedicato al principio di uguaglianza. Chandrachud sottolinea che una lettura congiunta delle due previsioni costituzionali importi l'esistenza di un eguale diritto di tutte le persone di godere della libertà di coscienza e di professare e praticare la propria religione (par. 6).

Un'analisi completa delle disposizioni dell'art. 25 (1) necessita di segnalare che nel presente caso tale disposizione presenta due facce: da un lato, l'art. 25 (1) attribuisce ai fedeli di *Lord Ayyappa* il diritto di professare la propria religione secondo il loro culto e, dall'altro, la stessa disposizione attribuisce il medesimo diritto a tutte le donne e costituisce un primo limite al diritto dei fedeli di Sabarimala.

Infatti, Misra rileva anche che l'art. 25 (1) non ha un'applicazione solo per ciò che concerne i conflitti *inter-faith* (tra le diverse religioni), bensì anche quelli *intra-faith* all'interno delle classi o parti delle comunità di fedeli della stessa religione (par. 101).

Stando al tenore letterale degli art. 25 (1) e 26 (b), entrambe le disposizioni sono soggette in primo luogo al limite dell'ordine pubblico, salute pubblica e la *cd. public morality*. Come riferisce Nariman (par. 21.7), se per i primi due limiti non vi sono particolari perplessità, per ciò che concerne la *public morality* è necessario effettuare qualche approfondimento. Nariman sostiene che sia contrario alla *public morality* tutto ciò che è considerato aberrante dalla società civilizzata (*ibid.* par. 21.7).

Sul tema, è interessante quanto esposto invece da Misra, il quale sottolinea che la *public morality* in questione è da intendersi quale *constitutional morality* (par. 105, par. 106); al fine di sostenere tale tesi, Misra fa riferimento al caso *Government of NCT of Delhi vs Union of India* (2018) 8 SCALE 72. Il concetto di *constitutional morality* è ulteriormente spiegato da Chandrachud (par. 7); la *public morality*, in altri termini, non può né essere considerata quale *religious morality*, né può essere legata al significato di buon costume che viene storicamente percepito dalla società. La *public morality* deve essere letta come espressiva dei quattro principi fondamentali elencati nel preambolo della Costituzione di giustizia, libertà, uguaglianza e fratellanza (par. 12).

L'opinione maggioritaria è stata quella della prevalenza della *constitutional morality* nella sua lettura costituzionalmente orientata.

Sempre per ciò che concerne i limiti testuali, l'art. 25 (1) enuncia che il suo precetto è altresì limitato dagli altri diritti fondamentali di cui alla parte III della

Costituzione, tra i quali assumono particolare rilievo le disposizioni di cui all'art. 14 (principio di uguaglianza), art. 15 (divieto di discriminazione) e l'art. 17 (abolizione dell'intoccabilità) (Chandrachud par. 7, Misra par. 10). Non sfugge al lettore accorto che, contrariamente all'art. 25 (1), nell'art. 26 (1) non risulta alcun riferimento alla restante parte III della Costituzione. Secondo Chandrachud (par. 13), anche se l'articolo non ne fa menzione, la disposizione deve essere letta in armonia con il resto della Costituzione in ogni caso; a sostegno di tale tesi cita i casi *Rustom Cavajee Cooper vs. Union of India* (1970) 1 SCC 248 e *A.K. Gopalan vs. State of Madras* (1950) SCR 88. Chandrachud sostiene infatti che il principio di uguaglianza è enunciato nell'art. 14, ma viene successivamente declinato in tutti gli articoli che seguono (par. 14). Di opinione del tutto contraria è invece Malhotra, la quale afferma che la differenza nella redazione dei due articoli non giustifica un'estensione di tale limite all'art. 26 (b) (par. 12.1).

La libertà religiosa di cui all'art. 25 (1) e l'autonomia confessionale nei *religious matter* di cui all'art. 26 (b) devono altresì misurarsi con i poteri riconosciuti allo Stato in ambito religioso; la Costituzione stessa imposta la divisione dei relativi ambiti di intervento, generalmente riconoscendo un potere allo Stato nelle materie cd. *secular* e un'autonomia confessionale e libertà religiosa nei cd. *religious matter*.

Come risulta dall'art. 25 (2), l'art. 25 (1) non impedisce allo Stato di: (a) regolare o limitare qualsiasi attività di natura *secular*, economica, finanziaria o politica che può essere associata con le pratiche religiose (la cd. *religious practice*) e (b) provvedere al benessere sociale e occuparsi di rendere le hindu *religious institutions* di carattere pubblico aperte a tutte le classi e parti dei fedeli hindu. In via analoga, l'art. 26 (1) (d) prevede che l'amministrazione dei beni delle confessioni religiose avvenga nel rispetto della legge (Chandrachud, par. 21.9).

L'art. 25 (2) (b) è stato considerato sia da Chandrachud (par. 30), sia da Nariman (par. 21.10, par. 6), quale limite alla protezione costituzionale di cui agli art. 25 (1) e 26 (b); entrambi fanno riferimento al caso *Sri Venkataramana Devaru & Ors vs. The State of Mysore & Ors* (1958) SCR 895 (noto anche come 'caso Devaru'), con il quale è stato sottolineato che, con una lettura in armonia degli articoli in esame, in caso di conflitto debba prevalere la disposizione di cui all'art. 25 (2) (b) sulle libertà religiose. A tal proposito, da un lato Nariman auspica che ci possa essere in futuro una nuova sentenza con riferimento a questo specifico punto (par. 6), mentre Malhotra nega l'operatività di questa regola in questo caso per mancanza di una legge che ammetta il libero accesso delle donne in età fertile al tempio di Sabarimala (par. 10.3).

Per quanto attiene ancora all'intervento statale nei confronti dei *religious matter*, è costante orientamento della Corte Suprema che rimangano immuni dall'intervento statale di cui agli art. 26 (d) e 25 (2) (a) e (b) le cd. *essential religious practices*. In questo ambito, Misra sottolinea che sono protetti dall'art. 25 (1) solo i rituali e le cerimonie che rappresentino una parte integrante della confessione religiosa in questione (par. 112, riferimento *John Vallamattom & Ors vs. Union of India* (2003) 6 SCC 611). Affinché le pratiche religiose vengano qualificate come *essential*, è necessario farlo tramite una valutazione delle medesime usanze tramite i precetti e le dottrine della confessione stessa (Misra, par. 114). Chandrachud percorre anche la storia giurisprudenziale in tale ambito, prendendo le mosse dal caso *The Commissioner, Hindu Religious Endowments, Madras v. Sri Lakshmindra Thirtha Swamiar of Sri Shirur Mutt* (1954) SCR 1005 (noto anche come 'caso Shirur Mutt'), dal quale si evince il compito della Corte di definire cosa siano le *essential practice* di una determinata confessione secondo i precetti della medesima. Citando ancora il caso Devaru, Chandrachud sottolinea che il cd. test delle *essential religious practice* ideato nel caso Shirur Mutt per distinguere le attività religiose da quelle di natura *secular*, sono passate dal vaglio di *essentially religious* (essenzialmente religiose) e quello di *essential to religion* (essenziali alla religione), nel senso che tale consuetudine o usanza definisce la vera identità e

natura della confessione religiosa; questo test rappresenta qualcosa in più rispetto all'identificazione di ciò che rientra meramente nell'ambito religioso (Misra par. 113). Questo percorso è proseguito ancora con il caso *Durgah Committee Ajmer vs. Syed Hussain Ali* (1962) SCR 383 411, tramite il quale è stato evidenziato che tutti i cd. *superstitious belief* non possono essere considerati *essential practices* (Nariman par. 21.6, Misra par. 118, Chandrachud par. 38), e con il caso *Adi Saiva Sivachariyargal Nala Sangam vs. Government of Tamil Nadu* (2016) 2 SCC 725, con il quale è stato sottolineato che in ogni caso le *religious practices* devono passare il test di costituzionalità (Chandrachud, par. 45). Malhotra sottolinea invece che la Corte non deve avere un ruolo nel decidere cosa sia rilevante in tema di religione quali *essential practices*; la Corte non può valutare quali elementi siano irrazionali o meno, e quali siano *superstitious belief* oppure *essential practices* (par. 10.1, par. 10.2).

Secondo l'opinione maggioritaria, nel presente caso il divieto di ingresso nel tempio di Sabarimala per le donne in età fertile non può rientrare nelle *essential religious practices*, in quanto non inficia la natura e l'identità della religione hindu. Ciò anche alla luce di quanto esposto *infra*.

Affinché possa trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 26 (b), inoltre, è necessario che la comunità di fedeli in questione venga qualificata come confessione religiosa, discendendo solo da tale qualifica l'attribuzione dei relativi diritti.

Per quanto concerne i fedeli del tempio di Sabarimala, Misra fa riferimento all'interpretazione e alla disciplina elaborata dalla Corte Suprema nei casi *S.P. Mittal v. Union of India & Ors* (1983) 1 SCC 51 e *The Commissioner, Hindu Religious Endowments, Madras v. Sri Lakshmindra Thirtha Swamiar of Sri Shirur Mutt* (1954) SCR 1005, e riferisce i tre requisiti elaborati dalla giurisprudenza affinché una comunità di fedeli possa essere ritenuta una confessione religiosa. In primo luogo, è necessario che via sia un insieme di individui che condividano la cd. *common faith*, cioè un sistema di credenze o dottrine che considerano quali vie per il loro benessere spirituale. Secondariamente, è necessario che tale comunità abbia una comune organizzazione e, infine, i fedeli devono poter essere distinti con un nome proprio, diverso da quello delle altre confessioni religiose (Misra par. 89, par. 90).

Misra nega la sussistenza sia del primo che del terzo requisito in capo ai fedeli del tempio di Sabarimala, in quanto l'accesso al tempio è consentito ed effettuato anche da chi non segue il culto di *Ayyappa*, anche da cristiani e musulmani; ciò fa presumere che il tempio di Sabarimala sia un *public religious endowment* (Misra par. 95) e che non possa identificarsi un nucleo di fedeli specifico di tale culto che condivida un separato sistema di credenze diverse da quelle della religione hindu.

Nariman nella sua *opinion* fa altresì riferimento al caso *Sri Adi Visheshwara of Kashi Vishwanath Temple, Varanasi & Ors v. State of U.P. & Ors* (1997) 4 SCC 606 e conclude anch'egli che i fedeli del tempio di Sabarimala rappresentano una parte della comunità hindu e rispettano i precetti della religione induista. In conseguenza di ciò, non possono ritenersi un'autonoma confessione religiosa per la carenza del primo requisito.

Malhotra contrariamente afferma che i fedeli del tempio di Sabarimala possono essere considerati quale confessione religiosa in quanto è da ritenersi sussistente il primo requisito, cioè la comunanza di dottrine e credenze, il cd. *common faith*. Secondo l'opinione di Malhotra esistono dei precetti religiosi condivisi dalla comunità dei fedeli di *Ayyappa*, tra i quali si annovera il '*Vratham*' (Malhotra par. 12.3 e ss.). Malhotra

¹ Il '*Vratham*' è un rituale che ha luogo presso il tempio di Sabarimala. Il '*Vratham*' prevede un periodo di 'purificazione' di 41 giorni, durante i quali, tra l'altro, i fedeli non devono avere rapporti né con la propria sposa, né con la propria famiglia, non devono consumare carne o sostanze tossiche, devono vestirsi di nero e cucinare il proprio cibo, nonché camminare a piedi nudi.

nella sua *opinion* lancia altresì un monito e invita la Corte ad un'interpretazione costituzionalmente orientata del termine *religion denomination*, tale da poter rispecchiare il pluralismo da sempre presente nel contesto indiano (par. 12.1).

La Corte Suprema ha quindi giudicato che i fedeli della divinità di *Lord Ayappa* non rappresentano una confessione religiosa autonoma, con conseguente esclusione di un trattamento differenziato rispetto agli hindu nell'applicazione della disciplina di cui all'art. 26 (b) della Costituzione.

4. – Nella sentenza in commento, la Corte si è altresì soffermata sull'eccesso di potere esercitato dai *trustee* del *Travancore Devaswom Board* nella redazione della *Rule 3* delle *Rules 1965* rispetto alle facoltà loro concesse dall' *Act 1965*. Misra richiama in primo luogo le disposizioni dell' *Act 1965* che di seguito si elencano (par. 128).

La Section 2 (b) del *Act 1965* definiva i cd. *place of public worship* quali luoghi di culto dedicati agli Hindu, o una loro qualunque parte o classe, mentre la Section 2 (c) ulteriormente qualificava l'endiadi 'parte o classe' come inclusiva di qualsiasi divisione, sub-divisione, casta, sottocasta, setta o denominazione. La Section 3 (1) del *Act 1965* prevedeva invece un generale divieto di esclusione nei cd. *place of public worship* degli hindu, come sopra definiti; la Section 3 prevedeva un'eccezione nella formula *provided that* nel caso in cui il cd. *place of public worship* fosse un tempio creato a beneficio di una qualunque delle confessioni religiose, con conseguente applicabilità del diritto di cui all'art. 26 (b) della Costituzione. Infine, la Section 4 (1) conferiva agli amministratori dei *place of public worship* il potere di disciplinare il funzionamento del luogo, *provided that* nell'esercizio di tale potere non vi fosse alcuna discriminazione nei confronti di alcun hindu sulla base della sua appartenenza a una specifica parte o classe.

Sulla base di ciò, Misra osserva che dal tenore letterale del *Act 1965*, e in particolare delle *Section 3* e *4*, emerge l'assoluto divieto di escludere qualunque hindu, o una parte o classe della medesima confessione, dai *place of public worship* (par. 129). In particolare, i *trustee* hanno emanato le *Rules 1965* sulla base del potere conferitogli dalla *Section 4* dell' *Act 1965*, la quale prevede al suo capoverso, in ogni caso, il divieto di discriminazione di qualunque hindu. Secondo Misra, come esplicitato anche nel caso *Union of India & Ors vs. S. Srinivasan* (2012) 7 SCC 683, nel presente caso i *trustee* erano vincolati dalle disposizioni dell' *Act 1965* nella redazione delle *Rules 1965*, in quanto atto di conferimento dei poteri regolamentari. L'opinione maggioritaria ha inoltre sottolineato che le donne hindu rientrano fuori di dubbio nella categoria identificata alla *Section 2* dell' *Act 1965* (Misra par. 128, Nariman par. 29, Chandrachud par. 85). Inoltre, in conseguenza del mancato riconoscimento della qualifica di confessione religiosa ai fedeli di Sabarimala, Misra, Nariman e Chandrachud concordano altresì sulla non applicabilità dell'eccezione di cui al capoverso della *Section 3* (Misra par. 132, Nariman par. 30, Chandrachud par. 87). Dissente Malhotra, esponendo che i fedeli di *Lord Ayyappa* rappresentano una confessione religiosa e che, conseguentemente, godono del diritto di regolare diversamente l'entrata nei loro templi, potendo basare tale potere proprio sull'eccezione prevista al capoverso della *Section 3* (Malhotra par. 10.3).

5. – Si segnala che gli attori hanno altresì sostenuto che la pratica religiosa di esclusione delle donne in età fertile dal tempio di Sabarimala costituisca anche una violazione dell'art. 17 della Costituzione, rubricato 'Abolizione della intoccabilità'.

La Corte Suprema ha così avuto modo di affrontare, seppur incidentalmente, il problema della definizione del termine 'intoccabilità'. In particolare, è interessante sotto questo profilo la *opinion* di Chandrachud, il quale ha argomentato che l'art. 17 nell'equilibrio costituzionale ha un significato sociale: da un lato, invita a prendere coscienza del passato e, dall'altro, a definire una diversa e nuova visione costituzionale per il futuro (par. 71). Secondo Chandrachud, l'essenza dell'art. 17 è quella di promuovere l'entrata nella società anche di individui che ne sono esclusi e che vivono ai margini della medesima (par. 71, cita anche A. Granville, *The Indian Constitution: Cornerstone of a Nation*, Oxford University Press, London, 1999, p. xii-xiii); in altri termini, l'art. 17 rappresenterebbe un'esortazione verso la trasformazione sociale.

Nell'opinione di Chandrachud, secondo un'analisi dei lavori dell'Assemblea Costituente, i redattori della Costituzione si sono volontariamente astenuti dal fornire una definizione di intoccabilità, al fine di promuovere in futuro una maggiore inclusione sociale e una vita dignitosa per tutti coloro che dovessero trovarsi discriminati ed esclusi; secondo Chandrachud "*Any form of stigmatization which leads to social exclusion is violative of human dignity and would constitute a form of 'untouchability'*" (par. 74). Chandrachud afferma ancora che l'intoccabilità è vietata in qualunque forma nei confronti di tutte le vittime del sistema dualistico di *purity and pollution*, che storicamente è collegato al sistema delle caste ma che nel presente caso può avere importanti risvolti. Chandrachud sostiene che il divieto d'accesso alle donne in età fertile al tempio di Sabarimala è dovuto al ciclo mestruale e al fatto che questo rende la donna *polluted*, sostanzialmente ponendola in una posizione subordinata rispetto all'uomo (par. 78). In conseguenza di ciò, secondo Chandrachud, sostenuto anche in meno parole da Nariman (par. 21.10), l'usanza oggetto del giudizio è altresì in contrasto con l'art. 17 della Costituzione. Malhotra restringe invece la categoria degli intoccabili ai *dalit* (par. 14.1).

3048

5. – In conclusione, la Corte Suprema nel caso Sabarimala ha ridefinito gli equilibri costituzionali tra la libertà di professare liberamente la propria religione e i diritti delle confessioni religiose, da un lato, e i diritti fondamentali dell'individuo di cui alla parte III della Costituzione, dall'altro, stabilendo che ogni disposizione della Costituzione deve essere letta in armonia con le altre e che, in ogni caso, è necessario ricercare il rispetto dei quattro precetti fondamentali del preambolo di giustizia, libertà, uguaglianza e fratellanza.

La Corte Suprema, in particolare, ha escluso la qualifica di confessione religiosa in capo ai fedeli del tempio di Sabarimala, nonché la natura di *essential practice* dell'usanza di esclusione delle donne, così negando in questo caso la protezione costituzionale di cui agli art. 25 (1) e 26 (b). Prendendo le mosse da ciò, la Corte dichiara pertanto l'incostituzionalità di tale consuetudine, nonché della *Rule 3 (b)* delle *Rules 1965*, oltre alla sua invalidità in quanto *ultra vires* rispetto al *Act 1965*, atto di conferimento del potere regolamentare.

Judicial Scrutiny on US Counter-Terrorism Databases: The *Elhady* Case

di Chiara Graziani

Title: Il controllo giudiziale sui database antiterrorismo statunitensi: il caso *Elhady*

Keywords: Counter-terrorism; Databases; Due Process Clause.

1. – On September 4, 2019, the US District Court for the Eastern District of Virginia ruled (*Elhady et al. v. Cable et al.*, ED. Va. 1-16-cv-375 (AJT/JFA)) that one of the major tools that the Federal Bureau of Investigation (FBI) and the Department of Homeland Security (DHS) use to monitor terrorism suspects violates the US Constitution as well as provisions contained in a federal piece of legislation. More in details, the Terrorist Screening Database (TSDB) infringes the Due Process Clause – enshrined in the Fifth Amendment and in the Fourteenth Amendment to the US Constitution – and the Administrative Procedure Act (APA), for a number of reasons that will be explained.

This case note comments the *Elhady* decision of the US District Court for the Eastern District of Virginia and is divided as follows. After this short Introduction, Paragraph 2 describes the functioning of the TSDB and its use as a counter-terrorism tool by the US government. Such technical details are essential to get into the core of the case. Paragraph 3 sets the factual background of the decision, describing the facts at issue and the procedural history of the case. Afterwards, Paragraph 4 looks at the Court's judgment and its main rationales. The ruling is then analysed in Paragraph 5, which tries to assess the impact of the District Court's stance as well as foreseeable practical implications on the use of screening databases in counter-terrorism operations. Some brief conclusive remarks follow, dealing with how this decision framed the balance between national security and individual rights, and stressing the convergence of standards established by different courts in terrorism cases.

2. – The TSDB is a consolidated database operated by the Terrorist Screening Center (TSC). The latter is a multiagency center set up by the FBI in cooperation with the DHS. The TSC was established in 2003 to ensure that federal departments and agencies are able to share information that can be useful to counter-terrorism purposes effectively and rapidly. The TSDB is the tool that concretely allows the TSC to do so.

The TSDB contains unclassified but sensitive information on identities of individuals who are involved – or are suspected to be involved – in terrorist activities. In fact, the TSDB distinguishes two categories: the former can be referred to as “known terrorists”; the latter can be mentioned as “suspect terrorists”. From a legal perspective,

the main question that may come to anybody's mind is: is there a legal definition of these two categories? Such a definition exists, indeed: to the purpose of the inclusion in the TSDB, a "known terrorist" is someone who has been

(a) arrested, charged by information, indicted for, or convicted of a crime related to terrorism and/or terrorist activities by U.S. Government or foreign government authorities; or (b) identified as a terrorist or a member of a terrorist organization pursuant to statute, Executive Order, or international legal obligation pursuant to a United Nations Security Council Resolution.

On the other hand, a "suspect terrorist" is an individual who "is reasonably suspected to be engaging in, has engaged in, or intends to engage in conduct constituting, in preparation for, in aid of, or related to terrorism and/or terrorist activities". Importantly, though, both these definitions are not provided by any federal piece of legislation. Rather, they were adopted by the DHS and the FBI – and, consequently, are accepted by the TSC – on the basis of internal practice of intelligence agencies (Federal Bureau of Investigation, *Terrorist Screening Center: Frequently Asked Questions*, September 25, 2015). Therefore, such bodies play a key role in identifying those who are targeted by these measures.

Going back to how the TSDB works, its main asset is undoubtedly its interoperability, since this database is able to gather information – both biographic and biometric data – from a number of bodies: federal departments, law enforcement authorities, intelligence agencies, some international partners that are selected to contribute to the database. This is the reason why the TSC, which operates the TSDB, was dubbed "a bridge among screening agencies" (R. Kopel, *Statement Before the House of Representatives Committee on Homeland Security, Subcommittee on Transportation Security and Infrastructure Protection*, Washington DC, Sept. 9, 2008).

Individuals – or, more precisely, their data – are added to the TSDB pursuant to a procedure that is known as the "watchlist nomination process" and comprises several steps.

First, the precondition for inclusion is that the DHS, intelligence agencies, law enforcement authorities or diplomatic bodies detain sufficient information on an individual according to which they fall into one of the abovementioned categories ("known terrorist" or "suspected terrorist"). These bodies, on the basis of the information available to them, determine potential "nominations" (i.e. data of individuals whom they consider likely to be included in the TSDB).

Second, the proposed nominations are submitted to the National Counterterrorism Center (NCTC). At this stage, NCTC analysts have to vet information provided to them in order to determine whether (or not) it is reliable. These operations are often carried out jointly with the FBI.

Third, and only provided that the information was deemed credible by the NCTC, it is transmitted to the TSC, which has to evaluate whether two further criteria are met: on the one side, the "reasonable suspicion watchlist standard"; on the other side, the TSC has to detect the existence of sufficient "identifiers".

The former criterion is quite vague, to the point that it is usually defined in a negative way: in particular, it is necessary that the proposed nomination is not based "solely on activity protected by the First Amendment or race, ethnicity, national origin, and religious affiliation" (J.P. Bjelopera, B. Elias, A. Siskin, *The Terrorist Screening Database and Preventing Terrorist Travel*, Congressional Research Service Report, November 7, 2016). Anyway, FBI members admitted, during congressional hearings, that "limited exceptions" to this rule do exist in the FBI practice (see Testimony of Christopher M. Piehota, Director, Terrorist Screening Center, Federal Bureau of Investigation, in U.S. Congress, House Committee on Homeland Security,

Subcommittee on Transportation Security, *Safeguarding Privacy and Civil Liberties while Keeping Our Skies Safe*, hearing transcript, 113th Cong., 2nd sess., September 18, 2014). Such a statement is quite alarming, since it entails that, even if in an (allegedly) limited number of cases, some individuals were designated as “suspect terrorist” on the sole basis of personal features, which are the object of constitutional protection.

The latter criterion that the TSC has to assess – i.e. the existence of sufficient “identifiers” – means that it must be possible to distinguish the identity of the person at issue from the identities of other persons (see J.P. Bjelopera, B. Elias, A. Sisking, *op. cit.*, also providing recent data on nominations and rejections to the TSDB).

A further point that is essential in order to have a proper understanding of the *Elhady* case is what may happen in the aftermath of a “nomination”. Once a person has been nominated as a “known terrorist” or “suspect terrorist” to the purposes of the TSDB, a number of special measures can be enacted. They can be subsumed under two categories. On the one hand, there are efforts taken to prevent the international movement of terrorists and suspect terrorists. Hence, *inter alia*, these persons can be denied visas, experience secondary inspections at airports, be denied boarding on international flights (No-Fly Lists) or admission to the US (if they are non-US citizens). On the other hand, TSDB data is useful to enhance law enforcement screening and investigation, so the FBI regularly shares TSDB information with several external bodies, including private entities. Last but not least, this data can also be disclosed to foreign governments that use it according to their domestic laws and practice.

Lastly, it is essential, for the purpose of the present study, to explore how redress mechanisms work in the described framework. In this regard, federal legislation on intelligence requires that all people who are identified as (potential) threats to security always have the possibility to challenge such decisions (Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act 2004, P.L. 108-458; on this Act, see T.B. Tatelman, *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004: National Standards for Driver Licences, Social Security Cards, and Birth Certificates*, in D.D. Pegarkov (ed.), *National Security Issues*, New York, 84 ff.). Accordingly, a redress mechanism was established by the DHS, named Traveler Redress Inquiry Program (TRIP). As originally framed, this program was found in breach of the right to due process, protected by the US Constitution (*Mohamed v. Holder*, 2015 4394958 (E.D. Va. July 16, 2015)) and it was subsequently amended. More specifically, the TRIP originally only allowed a one-step review process; after the *Mohamed* judgment, a second step of review was added, since details of the case can be forwarded to the TSC Redress Office, tasked with reviewing the DHS TRIP determination. However, the procedure to submit a complaint to this body takes place online and merely consists of filling up a form, after which the complainant receives a letter in response. Hence, its effectiveness and transparency could be questioned.

3. – Against this background, it is now necessary to address the facts of the *Elhady* case. The plaintiffs were 23 US citizens who brought a legal complaint against the Director of the TSC, Charles H. Kable. They were never formally notified of inclusion in the TSDB. Nevertheless, when they flew on commercial airplanes, they regularly faced additional screening searches, seizures, arrests; some of them were denied boarding. One of them, Anas Elhady, while attempting to enter the US, was held in detention twice for periods of 8-10 hours, interrogated about his activities and his family, and subjected to mistreatments that caused him to be hospitalized. All plaintiffs eventually forcibly decided to give up engaging in international travels. In the light of these events, all individuals submitted an inquiry to the DHS TRIP, requesting information about their possible inclusion in the TSDB. In response, they received letters that neither

confirmed nor denied their status as “listed” individuals, but merely informed them that there was no reason why they should be denied boarding.

As a result, the plaintiffs filed complaints alleging that their (possible) inclusion in the TSDB violated a number of constitutional and legislative provisions as well as administrative law principles, namely: the Due Process Clause, both in its procedural and substantive limbs; the Equal Protection Clause; the APA; the non-delegation doctrine (i.e. the principle, inferred from Article 1 of the US Constitution, which prohibits the Congress from delegating its legislative power to other bodies, especially agencies; see, on this matter, K.E. Whittington, J. Iuliano, *The Myth of the Nondelegation Doctrine*, in 165 *University of Pennsylvania Law Review* 379 (2017); I. Wurman, *Constitutional Administration*, in 69 *Stanford Law Review* 359 (2017)).

From a procedural perspective, many materials were excluded from discovery since the government claimed that several pieces of information were shielded by the state secrets privilege. Though, the case was still deemed justiciable on the basis of other pieces of evidence and the US District Court for the Eastern District of Virginia went into its merits (so, in this regard, the Court did not embrace a deferential attitude towards the Executive’s secrecy claims, as US courts often did in other cases where the state secrets privilege was resorted to in order to bar litigation on other counter-terrorism operations, for example extraordinary renditions; see A. Vidaschi, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in 66 *American Journal of Comparative Law* 877 (2018)).

Among the abovementioned allegations, the Court only considered the plaintiffs’ procedural due process and APA claims. In fact, it found that they had not alleged sufficient facts on other claims (i.e. substantive due process, equal protection, non-delegation doctrine), which, hence, were not allowed to proceed.

The Court held that both procedural due process and the APA had been violated, according to a very clear and schematic reasoning.

3052

4. – As a first step, the Court had to determine whether or not the plaintiffs had a standing. The defendants (i.e. the representatives of the government) argued that the 23 individuals were not able to demonstrate that their position was likely to bring “future injury to support standing”. In other words, the government contended that no causal connection could be identified between the situation the plaintiffs complained about and potential future harm, thereby they had no standing. Such standing doctrine, relying exactly on “potential future harm”, was established by the US Supreme Court in the *Lujan* case (*Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 US 555 (1992)). Nonetheless, the District Court, grounding its statement on *Mohamed v. Holder*, held that the plaintiffs’ decision, imposed by circumstances, not to engage in international travels “because of the difficulties [they] reasonably expect[ed] upon return to the United States” was sufficient harm to prove standing (on the *Mohamed* decision and other issues associated with No-Fly Lists, see D. Lowe, *The Flap with No Fly - Does the No Fly List Violate Privacy and Due Process Constitutional Protections*, in 92 *University of Detroit Mercy Law Review* 157 (2015)).

As a second step, the Court addressed the merits of the case and focused (only) on procedural due process claims. Indeed, the Court also noted that the plaintiffs’ APA claim conflated with their procedural due process claim. Thus, the Court highlighted that the same reasoning was applicable to both claims and the APA argument did not deserve separate examination.

From a US constitutional law perspective, procedural due process means that when US citizens are denied a life, liberty or property interest by the federal government, they must be given prior notice of that decision, they must enjoy the right

to be heard as well as the possibility that such determination is reviewed by a neutral and independent decisionmaker (for more details on procedural due process, see R.H. Fallon, *Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies*, in 93 *Columbia Law Review* 309 (1993)).

The approach of US courts to procedural due process claims is governed by the *Mathews* precedent, a case decided by the US Supreme Court in the mid-70s (*Mathews v. Eldridge*, 424 US 319 (1976)). The *Mathews* court ruled that judges have to engage in a balancing test to assess the violation of procedural due process rules. They have to take into account the private interest to life, liberty or property implied in the case, as well as the risk of an erroneous deprivation of such private interest through the procedures used by the government; they have to consider the government's interest that may justify a limitation of due process; lastly, they have to evaluate whether additional procedural safeguards would concretely reduce such risk (see J.L. Mashaw, *The Supreme Court's Due Process Clause for Administrative Adjudication in Mathews v. Eldridge: Three Factors in Search of a Theory of Value*, in 44 *The University of Chicago Law Review* 28 (1976)).

The District Court's reasoning in *Elhady* applied the *Mathews* test and took the following steps. Firstly, it was undisputed that the plaintiffs had a liberty interest depending on their inclusion in the TSDB, and that the "nomination" process did involve the risk of erroneous deprivation of such interest. Secondly, the government had an opposite (and legitimate) interest, i.e. its duty to ensure public safety to US citizens and to protect national security. Thirdly, the abovementioned risk (i.e. the erroneous deprivation of the plaintiffs' liberty interest) would be reduced by additional procedural safeguards. The latter would also be able to ensure a fair balance with the government's interest. It is now necessary to explain how the Court justified these steps in its reasoning.

The first private interest at stake was, according to the Court, a "movement-related liberty interest", which also covers the "right to travel internationally" (*Kent v. Dulles*, 357 US 116, 125 (1958)) and "the right to interstate travel" (*Mohamed*, cit.). On this point, the government's argument was rejected, according to which plaintiffs were conflating the right to travel with the right to travel "without screening or delay", which is not protected by the Constitution at all. In the defendants' view, measures taken against the plaintiffs were nothing but reasonable checks necessary to ensure security in airports. The Court's approach was pretty different: such actions were far from being legitimate and reasonable restrictions, since they had wide ranging effects that substantively equated them to a travel ban (the plaintiffs gave up engaging in international travels). Moreover, they were carried out in a way that amounted to ill-treatment of targeted people: the Court recalled that some of the plaintiffs had to be rushed to the hospital due to the harm they were inflicted during detention and interrogation, and that others had suffered from psychological trauma.

The right to travel was not the only individual interest that the plaintiffs had, according to the *Elhady* decision. As a matter of fact, the 23 individuals' reputational interest was involved as well. Their inclusion in the TSBD entailed stigmatization and adverse effects on those persons' standing in their respective communities. Moreover, the Court noted, TSBD data is often shared with private parties, included employers, causing many troubles, for people included therein, to be hired or keep their job.

Hence, these two private interests did exist and, even though their limitation is possible, it could not depend on erroneous evaluations.

Accordingly, the Court then moved to the risk of erroneous deprivation of the private interests at stake (in the present case, the plaintiffs' right to travel and reputational interest) in the light of existing procedures. This assessment is still part of the first step of the *Mathews* test (i.e. the existence of a private interest and of the

risk of its erroneous deprivation). In the case of *Elhady*, the Court determined that there was “a grave risk of erroneous deprivation”, due to several factors that can be synthesised as follows.

Since there was no evidence that any of the plaintiffs fell within the definition of “known terrorist”, their inclusion in the TSDB could only be based on their categorization as “suspected terrorist”. However, the Court highlighted, the standard for inclusion in this category is very vague and unclear. Requiring that a person “is reasonably suspected to be engaging in, has engaged in, or intends to engage in conduct constituting, in preparation for, in aid of, or related to terrorism and/or terrorist activities” (see *supra*, para. 2) means that innocent behaviour may trigger a series of inferences resulting in the inclusion. The Court also noted that even if nominations cannot be based “solely on activity protected by the First Amendment or race, ethnicity, national origin, and religious affiliation” (see *supra*, para. 2), it is undeniable that such elements may contribute – and to what extent? – to the nomination itself. Moreover, despite both the nominating agency and the TSC are tasked with reviewing elements on which nominations themselves are based – a point that the government promptly remarked in its defence – no neutral decisionmaker is involved in the process, so violating procedural constitutional requirements. And the DHS TRIP itself was deemed inadequate to satisfy procedural due process standards: has happened in the case of the plaintiffs, even after filing a complaint, individuals are not told about whether or not they are in the watchlist and why they were included.

After stating that existing procedural guarantees were not enough to prevent the risk of erroneously depriving people of their travel and reputational interests, the Court focused on opposite government’s interests. In this regard, the analysis was quite brief and straightforward, since no doubt existed that interests at issue stemmed from the government’s duty to protect public safety and national security and that these are legitimate goals to be pursued by public bodies.

Having determined both the private interests (and high the risk of erroneous deprivation entailed in current procedures) and the governmental interest, the Court focused on whether and how additional procedural requirements could concretely improve the situation. Plaintiffs sought additional procedural guarantees in two main forms: notice of TSDB nomination and a meaningful opportunity to challenge the inclusion. The Court ruled that notifying those included in the TSDB *before* the enactment of restrictive measures (e.g. boarding denial) would not be feasible. In the light of the necessary balance with the opposite government interest to safeguard security, such a provision would unacceptably compromise ongoing investigations. Yet, after the restrictive measures are applied, notification of inclusion in the database and the possibility to challenge the decision are necessary to comply with procedural due process standards and they would not jeopardise investigation nor any other measures aimed at protecting security. The current DHS TRIP does not allow such a remedy, thus it does not provide adequate procedural guarantees under the Due Process Clause.

5. – Hence, in this decision, the Court rejected the government’s arguments both on the standing and on the merits of the case, engaging in a careful assessment of the plaintiffs’ position, at least with regard to some of the allegations.

Such an approach was seen as a quite unexpected outcome by some commentators (S. Sinnar, *Q&A on Court Decision Invalidating Administration’s Terrorist Watchlist*, in *Lawfare*, 5 September 2019, <https://www.justsecurity.org/66068/shirin-sinnar-on-court-decision-invalidating-administrations-terrorism-watchlist/>). They noted that the judge delivering the opinion in the *Elhady* case – Judge Anthony J. Trenga – was appointed by President George W. Bush and did not often rule in favour

of plaintiffs in other cases dealing with national security. For instance, in a travel ban case (*Sarsour v. Trump* (1:17cv00120 (AJT/IDD), 24 March 2017), he sided with the Trump Administration, rejecting arguments that the ban was discriminatory against Muslims (for a comment on this decision, see P. Margulies, *Upholding the Revised Refugee Executive Order: A Virginia District Court Clarifies the Establishment Clause Issues*, in *Lawfare*, 26 March 2017, <https://www.lawfareblog.com/upholding-revised-refugee-executive-order-virginia-district-court-clarifies-establishment-clause>).

This paragraph reads the decision following this scheme: firstly, it explains why this judgment is relevant (para. 5.1.); secondly, it highlights whether the Court could have reviewed some additional issues in order to ensure a more accurate scrutiny of the case (para. 5.2.); thirdly, it focuses on how the *Elhady* case's practical impact (para. 5.3).

5.1. – The *Elhady* judgment should be regarded as a landmark case for at least two main reasons.

The first one is that the Court ruled on the TSBD, which is the larger terrorist watchlist in the US and all other databases used by US authorities depend on it. Consequently, declaring that the TSDB does not meet standards required by the US Constitution implies that all other databases deriving from it present the same flaws (as noted also by J. Kahn, *Why a Judge's Terrorism Watchlist Ruling is a Game Changer: What Happens Next*, in *Just Security*, 9 September 2019, <https://www.justsecurity.org/66105/elhady-kable-what-happens-next-why-a-judges-terrorism-watchlist-ruling-is-a-game-changer/>).

The other reason that makes the *Elhady* a key case is that Judge Trenga set some standards that closely resemble those adopted by other courts outside the US, when they examine the relationship between security needs and individual rights in cases involving surveillance through technology tools. As a matter of fact, the European Court of Justice (ECJ) decided a number of cases on these topics. The latest stance of the Luxembourg judges is represented by Opinion 1/15 on the exchange of PNR (Passenger Name Record) data between Europe and Canada to preventive purposes. This opinion was issued by the Grand Chamber on 26 July 2017 (on this decision, see A. Vidaschi, *The European Court of Justice on the EU-Canada Passenger Name Record Agreement*, in 14 *European Constitutional Law Review* 410 (2018)). In other words, without prejudice to the obvious and clear differences between the European Union (EU) and the US system, a convergence of certain standards begins to stand out.

More in detail, the *Mathews* precedent, which governs those situations involving procedural due process claims, is applied, in this specific case, very similarly to a “European style” proportionality test. The proportionality test is typical of the ECJ when it rules on the limitations of rights in the name of public security, but also the European Court of Human Rights (ECtHR) relies on such test (on proportionality in a comparative perspective, see A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance*, Oxford University Press, 2019). The *Mathews* precedent resembles a proportionality test due to the following reasons.

First, according to the *Mathews* rule, it is necessary to scrutinize the existence of a “liberty interest” of the applicant. The “European” proportionality test – Article 52 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) can be seen as the main normative reference – imposes the assessment of an “interference” with a fundamental right.

Second, the *Mathews* precedent asks judges to check whether the government had an evident “opposite interest” to limit the fundamental right at stake. This step is quite similar to the requirement, embodied in the proportionality analysis, to evaluate whether or not the interference was justified in the light of a legitimate aim.

Third, in *Mathews* the US Supreme Court explained that the impact of “additional procedural safeguards” must be taken into account. In other words, it is necessary to understand if such additional safeguards would be applicable without impairing the “opposite” governmental interest to be protected and, at the same time, would reduce the risk that the individual right at issue is excessively limited. On the “European side”, the proportionality test requires a “strict scrutiny” on whether the goal, which the limitation of rights aims at attaining, is pursued through appropriate (and not excessive) means.

These similarities show that the *Mathews* balancing test is quite alike to the proportionality test adopted by the ECJ, for example when it held that surveillance by the collection, retention and analysis of PNR data pursues a legitimate aim, but the lack of appropriate guarantees makes it disproportionate.

However, if one looks at the proportionality paradigm as applied in Europe, there is something that is missing in the US approach. According to Article 52 CFREU, but also pursuant to other provisions on the limitation of rights for the sake of public security – for example Article 8, para 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR) dealing with the right to private and family life and its limitations –, restriction to rights must be “provided by law”. This *caveat* does not emerge in the *Elhady* case, since the Court does not pay any attention to the fact that the definition of “known terrorist” and “suspect terrorist” is not embodied in any federal piece of legislation.

Besides the use of proportionality, another similarity with the European attitude (once again, the main reference is the ECJ in both Opinion 1/15 and *Digital Rights Ireland*, C-293/12 and C-594/12, 8 April 2014) is the rejection of vagueness of standards for inclusion in the database. The ECJ, in the mentioned judgments, repeatedly held that when an interference with rights is provided due to security needs, the legislation governing it must be precise and accurate, both under a formalistic perspective (drafting of legal provisions) and from a substantive point of view (i.e. it must be clear who and in which circumstances can be targeted).

3056

5.2. – After depicting the main reason why this decision, whereas not being final, is relevant, it is also useful to address “what is missing” in it and which points could have been reviewed more in-depth by the Court.

First, the Court did not focus so much on the automatization of the analysis of biometric and biographic data. The TSDB works on the basis of automatic matches, at least at a very first stage. Clearly, this feature could imply some problems of accuracy, as long as it is not demonstrated that the database is regularly updated and checked (as required by the ECJ in its Opinion 1/15) and that its mechanisms do not make mistakes. Such a lack of attention on this point is indeed coherent with the traditional US approach to data, typically being privacy and data protection guarantees easily overstepped by other interests. Nor did the Court remark the importance of human review on automated processes, which in the European scenario is instead quite a consolidated principle, both in general data protection legislation (see Article 22 of Regulation (EU) 2016/679) and in tools specifically dealing with the use of data in law enforcement activities (for example, Article 7 of Directive (EU) 2016/681).

Second, the Court did not attach importance to the “quality” of data contained in the TSDB. In other words, it did not examine whether or not this data could be based on discriminatory patterns, e.g. focusing more on Muslims than on other categories of people, although this is generally regarded as a troublesome topic related to the use of the TSDB (see Testimony of Christopher M. Piehota, Director, Terrorist Screening Center, Federal Bureau of Investigation, *cit.*).

Third, the Court did not mention the fact that not only biographic, but also biometric data is included in the TSBS, meaning that additional guarantees could be required in the light of this data's particularly sensitive nature. This aspect, instead, would probably have been a key point if the decision had been taken in the European scenario, due to the relevance that biometric data has recently assumed in the EU data protection legislation (see Article 9 of Regulation (EU) 2016/679).

Albeit the lack of any reference to these three points can be explained by the fact that they were not included in the claims of the plaintiffs (except for the discrimination issue, which instead was among the main allegations), the Court could have anyway referred to them indirectly. If the Court had done so, it would have stressed the impact of the TSBD on other constitutional rights and values, namely the Fourth Amendment, other than those allegedly breached, and would have strengthened the reasons behind the unconstitutionality of this tool.

5.3. – In order to assess the practical impact of the *Elhady* decision, one has to bear in mind that the TSBD is a “motherlode” watchlist, on which other US databases aimed at screening the terrorist risk depend. As a consequence, it is quite likely that not only the TSBD, but also all other databases associated with it will have to face reform. Until this moment, no steps were taken in order to change any feature of the TSBD and, in general, of other databases designed to prevent terrorism in the US. Forthcoming reforms (if any) should take into account the Court's *caveats* and, in particular, provide for more appropriate remedy and more precise criteria for inclusion in the database.

Also in this regard, it is possible to compare the need for reforms of the TSBD with the European scenario. As a consequence of Opinion 1/15 of the ECJ, the draft agreement between the European Union (EU) and Canada regulating the exchange of PNR data to prevention of terrorism purposes was inhibited from entering into force and needed to be amended. Thereby, the deal was renegotiated, but the new text has not been published yet.

In both cases, it will be interesting to see whether the Courts' remarks will be taken into account by political bodies tasked with redrafting or amending the acts at issue.

Indeed, an important difference is that, in the case of EU-Canada PNR Agreement, the EU is legally obliged to renegotiate the agreement with Canada (otherwise they have to definitively drop any cooperation on PNR with such third country), since the draft version, submitted to the ECJ, is prevented from taking effect. The US TSBD, instead, is not immediately due to be amended from a legal point of view, meaning that Congress is not directly bound to change legislation dealing with it, even if the District Court's decision implicitly calls for reform.

6. – In conclusion, three main aspects need to be pointed out.

First, if the TSBD is reformed after this Court's ruling – mainly on the side of procedural requirements – not only US citizens, but also non-US nationals will benefit from amendments, since foreigners are often the ones who are most impacted by measures deriving from the inclusion of such databases. Therefore, the TSBD is a tool with extra-territorial and extra-jurisdictional effects.

Second, the convergence, which has been highlighted throughout this analysis, between the approach of the *Elhady* decision and the stance taken by the ECJ emphasizes that threats to national security are triggering a “globalization” of responses, aimed at trying to establish some common legal tools and standards to better deal with such a multifaceted and dangerous menace as international terrorism is.

Third – and this is the most important point – the *Elhady* decision touches upon the complex balance between security and rights, which has been a real conundrum at least since 11 September 2001, when international terrorism showed up as one of the most serious threats of the 21st century. Although much has been written on this tricky relationship, no solution seems to have been found yet about how to fairly balance these two factors, i.e. the need to ensure security and the necessity not to give up rights so as not to relinquish democracy.

In most courts' decisions, among which *Elhady* might be included, rights-security is a relationship to be framed on a case-by-case basis. In other words, according to this attitude, security and rights are not incapsulated in a fixed and pre-established hierarchy, but they are two elements whose proportion changes according to the specific situation at issue.

Even if such an "empiric" view might seem, at least for the moment, the only viable solution, and perhaps the fairest one, some concerns do arise. For instance, one could wonder whether, in a long-term perspective, the lack of a well-established hierarchy will lead to uncertainty as to the very essence of individual rights and, as a result, to the impairment of core values of the rule of law.

Il third country transit bar al vaglio della Corte suprema tra separazione dei poteri e diritto di asilo.

di Alberto Orlando

Title: The third country transit bar under consideration of U.S. Supreme Court between separation of powers and right of asylum

Keywords: third country transit bar, asylum eligibility, US immigration policy

1. - Con decisione resa l'11 settembre scorso (588 U.S. __ (2019)), la Corte Suprema degli Stati Uniti ha sostanzialmente dato il via libera, pur non decidendo la questione nel merito, all'applicazione del c.d. *third country transit bar*, altra misura limitativa del diritto di asilo introdotta dall'Amministrazione Trump negli ultimi mesi. Il 16 luglio 2019 il Dipartimento di giustizia e il Dipartimento di sicurezza interna hanno pubblicato una *joint interim final rule*, intitolata "*Asylum eligibility and procedural modifications*", modificativa del § 208.13 del *Code of Federal Regulations*. Tale regola prevede che ogni straniero che entri, tenti di entrare o arrivi negli USA attraverso il confine meridionale dopo essere transitato in un paese terzo (che non sia quello di propria residenza, cittadinanza o nazionalità) non gode del diritto d'asilo, a meno che non si verifichi una delle previste condizioni: a) lo straniero abbia presentato richiesta di protezione nel paese terzo, ma questa sia stata rigettata con provvedimento definitivo; b) lo straniero dimostri di essere vittima di forme di traffico di essere umani; c) i paesi di transito non siano parti della Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951, o del Protocollo aggiuntivo del 1967, o della Convenzione ONU contro la tortura del 1984. A parte queste eccezioni, ai richiedenti asilo provenienti dal confine meridionale deve essere negata protezione: dato che gli Stati Uniti confinano a sud soltanto con il Messico, tutti questi stranieri (eccetto ovviamente i messicani stessi) dovranno attraversare il Messico e pertanto presentare richiesta di protezione in detto Stato prima di entrare o tentare di entrare negli Stati Uniti.

La *rule* in questione è stata introdotta servendosi della facoltà che lo U.S. Code § 1158 accorda all'*Attorney General* di stabilire "*by regulation [...] additional limitations and conditions, consistent with this section*" relativamente alla concessione del diritto di asilo. Buona parte della vicenda giudiziaria che è scaturita dall'emanazione della *rule* riguarda appunto la compatibilità della stessa con la disciplina prevista dallo U.S. Code e, segnatamente, con le limitazioni del diritto d'asilo di matrice congressuale di cui alla stessa *section*. La regola generale prevede la possibilità per lo straniero di presentare richiesta di asilo, ma vengono in rilievo, tra le varie eccezioni (ad es. stranieri che abbiano commesso gravi reati all'estero, o che possano costituire pericolo per la sicurezza e la comunità degli Stati Uniti), due fattispecie che comportano l'esclusione

di questo diritto: si tratta delle limitazioni note come *safe third country* e *firm resettlement bar*.

Applicando il criterio del “terzo paese sicuro” l’*Attorney General* può determinare che lo straniero arrivato negli USA sia trasferito in un terzo paese diverso da quello di nazionalità (o di abituale residenza, se si tratta di apolide) in cui la sua vita e libertà non siano minacciate e in cui possa avere accesso ad un *full and fair procedure* per determinare l’ammissibilità della sua richiesta di asilo (cfr. Binkovitz, 2017). Condizione necessaria perché possa realizzarsi questa ipotesi è che gli Stati Uniti abbiano concluso con il paese terzo ritenuto sicuro *bilateral or multilateral agreement* in materia. Fino ad oggi, accordi di questo genere sono stati conclusi soltanto con il Canada, per cui tale eccezione non può trovare applicazione con i paesi a sud (compreso il Messico).

Il *firm resettlement bar* deriva, invece, da una *exception* concisa, che nel tempo è stata oggetto di interpretazione giurisprudenziale: non è titolare del diritto di asilo lo straniero che “*was firmly resettled*” in un terzo paese prima dell’arrivo negli Stati Uniti. Come facilmente intuibile, la questione ruota attorno al significato dell’espressione “*firmly resettled*”. Quando uno straniero può dirsi “saldamente trasferito” in altro paese? I vari approdi giurisprudenziali sono stati codificati nel 2000 nello stesso *Code of Federal Regulations* (§ 208.15). Secondo il quadro attuale il meccanismo è così articolato, anche in termini di ripartizione dell’onere della prova: il Governo deve presentare elementi sufficienti a provare un’offerta di *permanent resettlement* di qualche tipo da parte di altro paese, mentre spetta allo straniero provare che i legami instaurati siano deboli (*stay and ties was too tenuous*), oppure che le condizioni della sua residenza siano troppo restrittive per potersi definire “*firmly resettled*”. Inoltre, poiché gli stranieri *firmly resettled* per definizione non possono essere contemporaneamente sottoposti a persecuzioni, allora provare la persecuzione in un paese terzo equivale a provare la non sussistenza del *firm resettlement*.

Occorre a questo punto chiedersi se il *third country transit bar* possa essere considerato *additional limitation* compatibile (*consistent with*) con lo *statute* congressuale: intorno a questo punto ruota, infatti, buona parte della vicenda giudiziaria che è scaturita dopo l’emanazione della *rule*.

2. - Il 24 luglio, vale a dire otto giorni dopo la pubblicazione della *rule*, la *Northern District Court of California* (*East Bay Sanctuary Covenant v. Barr*, 3:19-cv-4073) ha accolto l’istanza presentata da quattro associazioni attive in materia di asilo e immigrazione, le quali chiedevano, anche sulla base delle successive probabilità di successo, una *preliminary injunction* che sospendesse l’esecuzione della misura approvata dal Governo in attesa del giudizio di merito. Per la Corte, la *rule* non è compatibile con la disciplina sul diritto d’asilo di matrice congressuale poiché sia l’eccezione del *safe third country* sia il *firm resettlement bar* costituiscono il “*core regulatory purpose of asylum*” e pertanto stabiliscono dei principi inderogabili *by regulation*. In particolare, la compatibilità con la disciplina congressuale dipende dal superamento del c.d. *Chevron test* (cfr. Frankel, 2019; Farbenblum, 2011), ovvero la verifica che la misura governativa non sia “*arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute*”, e del c.d. *State Farm test*, ovvero la verifica che il Governo non abbia considerato elementi che il Congresso non intendeva valutare, che non abbia reso spiegazioni contro l’evidenza o preso decisioni del tutto implausibili. Nel caso specifico, questo doppio test - a giudizio della *district court* - non può dirsi superato.

Infatti, sia il *firm resettlement bar* che la *safe third country exception* prevedono - come visto - requisiti per stabilire che il paese terzo verso cui lo straniero debba essere trasferito possa essere considerato sicuro. La *rule* del 16 luglio, invece, non garantisce in alcun modo che il paese terzo sia *safe*: da una parte, a differenza delle regole congressuali, non sembra tenere in considerazione le condizioni individuali del

richiedente asilo; dall'altra, prevede come condizione necessaria soltanto che il paese terzo abbia aderito alle maggiori convenzioni internazionali in materia (Convenzione di Ginevra e Protocollo addizionale e Convenzione contro la tortura), ma tale rilievo non sembra in alcun modo sufficiente a garantire la *safety* del paese, dato che anche Stati notoriamente "non sicuri" risultano firmatari di detti trattati.

In aggiunta, la *rule* risulterebbe *arbitrary and capricious* per due motivi: innanzitutto, i dati e le statistiche riportati dal Governo per supportare la tesi del Messico come *feasible alternative* per gli stranieri, evidenziano - a parere della Corte - esattamente l'opposto, ossia che il sistema messicano è già sovraccaricato e non sempre assicura procedure adeguate per i richiedenti asilo; in secondo luogo, risulterebbe irragionevole, e sconfessata da precedente giurisprudenza, la parte in cui il Governo sostiene che la circostanza che lo straniero non abbia presentato domanda in un paese terzo e abbia aspettato l'ingresso negli USA sia *sufficiently probative* della debolezza della sua richiesta di protezione. Al contrario, la mancata richiesta di asilo non esclude automaticamente la sussistenza di una persecuzione nei confronti della persona e può essere giustificata dalla situazione individuale che porti a cercare rifugio in altro paese rispetto a quello di mero transito.

Infine, la Corte censura la *rule* anche per la violazione delle regole di *notice-and-comment* (contenute nell'*Administrative Procedure Act*, APA), che obbligano ogni *agency* a pubblicare nel *Federal register* notizie e informazioni riguardanti la *rule* proposta per permettere alle persone e ai soggetti interessati di partecipare al procedimento formativo mediante osservazioni e memorie scritte. Nel caso specifico il Governo non ha adempiuto a questi obblighi informativi appellandosi alle eccezioni, previste dalla legge, che consentono di non seguire queste procedure per giusta causa (*good cause*) o perché la *rule* riguarda *foreign affairs*. Tuttavia, il Governo non ha argomentato a sufficienza: la giusta causa non può essere spiegata semplicemente con l'esigenza di prevenire la *surge of migrants* (o altri generici motivi); mentre per avvalersi dell'eccezione relativa agli affari esteri serve dimostrare "*definitely undesirable international consequences*", che non risultano provate nel caso in questione.

A seguito di queste argomentazioni, la *district court* ha pertanto accolto la richiesta delle associazioni ricorrenti sospendendo l'esecuzione della *rule* e pronunciando una *nationwide injunction*, valida quindi per tutto il territorio degli Stati Uniti e non solo per l'area territoriale di competenza della corte californiana. Contro questo *order* il Governo ha richiesto alla Corte di appello competente il c.d. *stay pending appeal*, ossia la sospensione degli effetti dell'*injunction* fino alla decisione nel grado di appello.

Con decisione resa in data 16 agosto la *Court of Appeals for the Ninth Circuit* (*East Bay Sanctuary Covenant v. Barr*, no. 19-16487) ha confermato la validità della *injunction* di primo grado sulla base della mancanza di elementi che possano far presumere la *likelihood of success* a favore del Governo, soprattutto sotto il profilo della violazione delle norme procedurali contenute nell'APA. I giudici di secondo grado non si sono invece espressi sulla compatibilità della *rule* con la disciplina congressuale. Tuttavia, hanno reputato (nonostante debba registrarsi una *dissenting opinion* al riguardo) erranea la scelta di attribuire rilievo nazionale alla decisione di primo grado poiché non sarebbe necessaria per garantire le ragioni dei ricorrenti e, anzi, il contrasto tra corti inferiori potrebbe proprio aiutare il *development of the law* e anche l'eventuale futuro giudizio della Corte Suprema. Contrasto tra corti palesatosi in virtù di una decisione della D.C. *district court* (*CAIR v. Trump*, no. 19-2117) intervenuta solo poche ore prima, e in senso del tutto opposto sulle stesse questioni, rispetto all'*order* della corte californiana di primo grado di cui sopra.

Pertanto, la corte di primo grado è stata chiamata a meglio argomentare le ragioni a favore della *nationwide injunction*. Il 9 settembre, proprio due giorni prima

della decisione della Corte Suprema sulla *rule*, ha ribadito il rilievo nazionale della misura sospensiva per assicurare adeguata garanzia alle ragioni dei ricorrenti e per la necessità di mantenere uniformità nella *immigration policy* e così agevolare le *administrability issues*.

3. - La Corte Suprema è stata adita dall'*Attorney General* William Barr per richiedere nuovamente la sospensione dell'*injunction* resa dal giudice di primo grado fino alla decisione di appello e, in caso di conferma, fino alla definizione dei futuri procedimenti davanti alla Corte Suprema stessa. Il Governo, nel rivendicare le proprie ragioni, pone l'accento sulla *surge of migrants* che sta provocando il malfunzionamento del sistema immigratorio americano, sempre più sovraccaricato da richieste di asilo con scarse possibilità di successo da parte di stranieri che, in attesa della conclusione del procedimento, restano comunque sul territorio degli USA. In secondo luogo - si argomenta - la *rule* è pensata anche per scoraggiare viaggi molto pericolosi per la vita e l'incolumità dei migranti attraverso il Centro America.

Sotto il profilo della violazione delle regole di *notice and comment* (come visto, unico profilo preso in considerazione dalla *Court of Appeals*), il Governo rivendica la legittimità della scelta di servirsi delle eccezioni previste dalla legge: si tratta di *foreign affairs*, perché la *rule* è necessaria per proteggere l'integrità del confine USA-Messico e per facilitare le *ongoing diplomatic negotiations* con il Messico stesso e i paesi del Triangolo del Nord (Guatemala, Honduras e El Salvador); sussisteva la *good cause* per evitare l'ondata di *asylum seekers* durante la fase di *notice-and-comment*.

Con riguardo al *safe third country* e al *firm resettlement bar*, l'argomentazione è praticamente identica: le norme congressuali non vietano che siano applicate restrizioni al di fuori di questi casi per situazioni e soggetti differenti. Il fatto che uno straniero non si trovi in nessuna delle due eccezioni previste, non significa che abbia automaticamente diritto alla protezione, dovendosi comunque riconoscere un innegabile grado di discrezionalità in capo all'Esecutivo. Pertanto, nessun principio enucleabile dalla disciplina parlamentare appare violato dalla *rule* in questione.

Il Governo smonta, invece, solo debolmente l'accusa di provvedimento *arbitrary and capricious*. In effetti, l'adeguatezza del sistema di protezione dei rifugiati vigente in Messico viene sì sostenuta, ma si preferisce comunque sottolineare che la ratio della *rule* non può dipendere da "particolari dettagli" riguardanti i sistemi di protezione di paesi stranieri, dovendosi reputare sufficiente l'aver previsto come condizione essenziale che questi paesi siano parti delle maggiori convenzioni internazionali in materia.

4. - L'11 settembre la Corte Suprema ha accordato lo *stay* nei confronti di entrambi gli *order* resi dalla *district court* (l'originario del 24 luglio e quello di ripristino del *nationwide scope* del 9 settembre). La sospensione è garantita non solo fino alla definizione dell'appello, ma anche fino alla conclusione dei successivi eventuali giudizi davanti alla Corte Suprema in caso di *petition for a writ of certiorari* da parte del Governo. Trattandosi di un provvedimento interlocutorio-cautelare i giudici non entrano nel merito della questione, limitandosi a stabilire l'opportunità che gli effetti delle precedenti decisioni siano sospesi in attesa dei giudizi di merito. Tuttavia, la Corte Suprema anticipa in qualche modo il proprio orientamento sulla questione. Per consolidata giurisprudenza, infatti, questo genere di *stay* è concesso dalla Corte "*only in extraordinary circumstances*", poiché la decisione della corte inferiore gode di una "*presumption of validity*" che per essere superata richiede un "*heavy burden*" da parte del ricorrente, il quale deve dimostrare non solo che il provvedimento sia illegittimo nel merito, ma anche che soffrirebbe un danno irreparabile qualora lo *stay* non fosse

accordato. Un indicatore per concedere lo *stay* è verificare che, in seno alla Corte, almeno cinque giudici “*are likely to conclude that the case was erroneously decided below*” (405 U.S. 1201 (1972)). Pertanto, nel caso specifico, i giudici, pur non pronunciandosi nel merito della questione, dimostrano propensione per un certo orientamento, e cioè per la legittimità della *rule* in questione.

Se è vero che non si possono conoscere i motivi a sostegno di questo orientamento, al contrario è stata allegata alla decisione la *dissenting opinion* dei giudici Sotomayor e Ginsburg, i quali concludono che la *rule* “*may be [...] in significant tension with the asylum statute*”, con riguardo a tutti i profili evidenziati dalla *district court*, ossia compatibilità con la disciplina congressuale, mancata procedura *notice-and-comment*, carattere *arbitrary and capricious*. In particolare, però, contestano la concessione dello *stay*, poiché non ravvisano la straordinarietà delle circostanze né reputano assolto il pesante onere della prova (*heavy burden*) da parte del Governo. In questo la maggioranza dei giudici sarebbe stata “*precipitous*”, anche perché ha ignorato il fatto che nella vicenda fossero ancora coinvolti a vario titolo giudici di primo e secondo grado (l'ultimo *order* della *district court* era, appunto, di due giorni prima) e che quindi fosse ancora in corso “*the ordinary rulemaking process*”. In definitiva, questa decisione rischierebbe di minare “*the interbranch governmental processes that encourage deliberation, public participation and transparency*”.

5. - Tra le argomentazioni difensive addotte dal Governo viene sostenuto, abbastanza timidamente, come anche nell'Unione Europea esista una normativa simile alla disposizione introdotta, preordinata ad evitare - come la *rule* stessa - la pratica del c.d. *asylum shopping*. A parte quanto si dirà *infra* nel paragrafo conclusivo, una apparente somiglianza potrebbe ravvisarsi con l'art. 3, par. 3, del Regolamento UE n. 604/2013 (noto come *Dublino III*), da leggersi in combinato disposto con la direttiva 2013/32/UE espressamente richiamata (cfr. Romeo, 2019). Ai sensi di questa disposizione “ogni Stato membro mantiene la possibilità di inviare un richiedente in un paese terzo sicuro, nel rispetto delle norme e delle garanzie previste dalla direttiva 2013/32/UE”. Gli articoli 38 e 39 di quest'ultima direttiva disciplinano rispettivamente il concetto di paese terzo sicuro e di paese terzo europeo sicuro.

Per paese terzo sicuro si intende - riassumendo - un paese in cui non sussistano minacce per la vita o la libertà del richiedente asilo su basi discriminatorie, non sussista rischio di danno grave (pena di morte, tortura o altro trattamento inumano, violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato), sia rispettato il principio del *non-refoulement*, sia possibile chiedere lo status di rifugiato e ottenere protezione in conformità della Convenzione di Ginevra. Le norme nazionali dovranno poi stabilire la necessità di legami tra richiedente e paese terzo e il metodo per valutare caso per caso la sicurezza di un paese per un determinato richiedente, predisponendo una lista di paesi considerati generalmente sicuri e offrendo la possibilità di contestare per motivi individuali l'applicazione del concetto di paese sicuro.

Per i paesi terzi europei sicuri, anche questi da comunicare periodicamente alla Commissione da parte dello Stato membro, sono invece sufficienti tre condizioni: a) ratifica e rispetto della Convenzione di Ginevra senza limitazioni geografiche; b) vigenza di una procedura d'asilo prescritta per legge; c) ratifica e rispetto della CEDU. Pure in questi casi, comunque, deve essere garantito al richiedente di dimostrare che il paese non sia sicuro “relativamente alle sue condizioni specifiche”. Il concetto di paese terzo europeo sicuro, quindi, è applicabile non solo agli Stati membri dell'UE ma a tutti gli Stati che, oltre a prevedere per legge una procedura d'asilo, abbiano ratificato la Convenzione di Ginevra e la CEDU e osservino questi trattati: sembra si possa sindacare l'effettivo rispetto dei principi stabiliti, soprattutto con riferimento alle norme CEDU sui ricorsi effettivi, espressamente menzionate nella direttiva. A voler ridurre ai minimi termini le differenze tra i due concetti di paese terzo sicuro e paese terzo europeo

sicuro si potrebbe concludere che soltanto nel primo caso è prevista la necessità di un “legame” tra richiedente e paese terzo, da definirsi in base alla normativa nazionale.

Tornando al caso statunitense, non risulta una precisa coincidenza tra la *rule* in esame e la disciplina vigente nell’UE. Entrambe richiedono la ratifica della Convenzione di Ginevra da parte dei paesi terzi, anche se soltanto la seconda si sofferma sull’effettiva osservanza dei principi stabiliti, non accontentandosi – pare – della mera adesione formale. Allo stesso modo, per la direttiva UE occorre verificare che non sussista pericolo per la vita e l’incolumità del richiedente, in forma di tortura, altro trattamento inumano o comunque danno grave, mentre la *rule* ritiene sufficiente la ratifica (formale) della Convenzione contro la tortura e prevede come unica eccezione all’applicazione della disciplina la tratta di essere umani. Ma soprattutto sussistono almeno tre altre differenze sostanziali. In primo luogo, per le norme europee deve essere prevista nel paese terzo una apposita procedura d’asilo conforme alla Convenzione di Ginevra. In secondo luogo, in Europa è necessario un “legame” tra richiedente e paese terzo (nel caso del paese terzo europeo sicuro, in verità, risulta sufficiente l’adesione del paese terzo alla CEDU). In terzo luogo, l’applicazione della disciplina europea è subordinata – quantomeno per il paese terzo sicuro – ad una verifica caso per caso, sulla base di quanto previsto dalle normative nazionali, della sicurezza del paese terzo in relazione ad un determinato richiedente, il quale può in ogni caso opporsi all’applicazione provando che il paese terzo (anche se europeo) non sia sicuro avuto riguardo delle sue specifiche condizioni individuali. La *rule* statunitense non prende in considerazione nessuno di questi aspetti, a differenza dei precedenti *bar* di matrice congressuale, maggiormente attenti – come visto – all’effettivo rispetto dei principi derivanti dal diritto internazionale, alla vigenza di una specifica procedura d’asilo nel paese terzo, all’esistenza di legami tra richiedente e paese terzo, al vaglio delle condizioni individuali del richiedente.

3064

6. - La vicenda in commento aggiunge un altro capitolo alla saga tra Amministrazione Trump e potere giudiziario sulle politiche di immigrazione degli USA (cfr. Wadhia, 2019). In *Trump v. Hawaii* (17-965, 585 U.S. ____ (2018)) (cfr. Spiro, 2019; Tushnet, 2019; Blackman, 2018; Penasa, 2018) la Corte Suprema si era espressa con maggioranza risicata (cinque voti a quattro, con la *dissenting opinion* firmata anche in quel caso da Sotomayor e Ginsburg) sulla legittimità del c.d. *travel ban*, ovvero il divieto di ingresso negli Stati Uniti imposto contro cittadini di determinati paesi a maggioranza musulmana, ribaltando i giudizi delle corti inferiori e ponendo così fine ad una lunga ed aspra vicenda giudiziaria. Il 21 dicembre 2018, invece, la Corte Suprema, nonostante l’opinione contraria di quattro giudici, ha rigettato la richiesta di *stay* presentata dal Governo contro le decisioni delle corti inferiori (le stesse che si sono occupate della *rule* qui commentata) di sospendere un’altra *additional limitation* al diritto di asilo, che, sempre con riguardo alle persone provenienti dal confine meridionale, garantiva il diritto in pratica solo a chi fosse arrivato negli USA *at a designated port of entry*, negandolo invece a tutti gli altri.

Nonostante si tratti di misure diverse tra loro, in relazione alla *immigration policy* emerge un quadro di sensibile instabilità che finisce col riguardare soprattutto il principio di separazione tra poteri: da una parte, si registrano tensioni tra potere esecutivo e giudiziario, complicato da contrasti in seno alle corti giudicanti e segnatamente all’interno della stessa Corte Suprema; dall’altra, vengono in rilievo anche frizioni tra potere legislativo ed esecutivo (cfr. Marouf, 2019). La discussione sul *third country transit bar*, in particolare, ruota attorno alla legittimità delle misure governative (*additional limitations*) rispetto allo *statute* congressuale. La maggioranza dei giudici della Corte Suprema, in una fase pur interlocutoria, non sembra riconoscere alle norme parlamentari attualmente vigenti in materia di diritto di asilo una forza tale

da comportare l'incompatibilità con la disciplina regolamentare introdotta. Dalle eccezioni al diritto di asilo di matrice congressuale (su tutte, il *safe third country* e *firm resettlement bar*) sembra pertanto non potersi enucleare alcun principio inderogabile: né il diritto del richiedente di opporsi per motivi individuali alla misura, né un vaglio più attento con riguardo alla sicurezza del paese terzo o alle procedure d'asilo previste in quel territorio, né la necessità di legami tra richiedente e paese terzo. Inoltre, non sembrerebbe porsi alcuna violazione neanche con riferimento ad alcune norme di carattere procedurale (*notice-and-comment*) espressamente disattese dal Governo per "*foreign affairs*" o "*good cause*": in tal modo si riconosce un'interpretazione estensiva (forse inedita) di quelle eccezioni, pur previste, che consentono all'Esecutivo di esercitare il proprio potere in maggiore libertà rispetto ai lacci dell'opinione pubblica e del Parlamento. Né la decisione della Corte Suprema può essere più di tanto sottovalutata per il fatto che non sia stata resa nel merito della questione. Come notato dai giudici dissenzienti, infatti, la sospensione delle *injunction* delle corti inferiori è provvedimento da concedersi *only in extraordinary circumstances* e a condizione che il ricorrente (il Governo) abbia adempiuto ad un *heavy burden*. Pertanto, il fatto che la maggioranza si sia esposta già in questa fase (a differenza del caso *East Bay v. Trump* di fine 2018, laddove lo *stay* era stato negato) dimostra un atteggiamento particolarmente accondiscendente nei confronti di questa misura governativa e soprattutto un forte ripudio delle posizioni assunte dai giudici inferiori. In attesa della fine della vicenda giudiziaria, i tentativi della Amministrazione Trump, che sta sgomitando per ottenere maggiore autonomia in materia di *immigration policy*, sembrano in questo caso premiati, anche se ancora non si comprende quanto lo siano in via eccezionale (magari per aver riconosciuto rilevanza alla *surge of migrants*) o in via più generale.

La vicenda offre finora, in attesa anche di un eventuale giudizio della Corte Suprema, limitati spunti di diritto comparato. Il richiamo timido alle norme europee, ritenute dal Governo somiglianti alla *rule* introdotta, in realtà, appare fuorviante e parziale. Come visto, infatti, la ricollocazione del richiedente asilo in un paese terzo extra UE si basa su parametri che garantiscono lo straniero molto più di quanto sia previsto dalla misura dell'Amministrazione Trump. Né appare sostenibile una comparazione tra la *rule* e il sistema - previsto dal Regolamento Dublino III - di individuazione dello Stato membro competente a prendere in carico le richieste d'asilo a prescindere dal paese di primo approdo dello straniero: nel secondo caso, infatti, si tratta comunque di criteri validi all'interno di una cornice, come quella dell'UE, che in materia condivide principi sia a livello sostanziale che procedurale enucleabili da fonti del diritto di vari livelli. Lo stesso non vale, evidentemente, per il ricollocamento/respingimento degli stranieri dagli USA al Messico, basato sulla mera circostanza che la persona non abbia presentato richiesta di asilo nel precedente paese di transito.

Sul piano del diritto internazionale, invece, anche la *rule* attribuisce rilievo ai più importanti trattati in materia, tra cui spicca la Convenzione di Ginevra del 1951, ai sensi della quale, però, l'espulsione o il respingimento del "rifugiato" è vietato - come noto - verso quei territori "in cui la sua vita e la sua libertà sarebbero minacciate" (principio del *non-refoulement*, art. 33). Circostanza che, nel caso specifico, non appare del tutto assicurata, se si pensa che lo stesso Governo ha fatto fatica nel giudizio a dimostrare che il Messico costituisca una *feasible alternative*. Tuttavia, su questo punto non hanno insistito né i ricorrenti contro la *rule*, né i giudici dei vari gradi di giudizio, compresa *a fortiori* la Corte Suprema che ha anzi ribaltato gli esiti precedenti. Soltanto l'UNHCR ha espresso subito preoccupazione per una misura che "*jeopardizes the right to protection from refoulement*" (<https://www.unhcr.org/news/press/2019/7/5d2cdf114/unhcr-deeply-concerned-new-asylum-restrictions.html>). In realtà, affiora una certa debolezza della Convenzione di Ginevra, trattato ormai risalente e pensato per un'epoca in cui il fenomeno assumeva

diverse dimensioni e la condizione di rifugiato era riconoscibile quasi *ictu oculi*: oggi, al contrario, i governi occidentali sostengono sempre più altre necessità, come quella di non confondere rifugiati e migranti economici oppure la lotta all'*asylum shopping*. Il rilievo riconosciuto alla Convenzione e al diritto internazionale nel dibattito (mediatico ma anche giuridico) su asilo e immigrazione non è paragonabile a quello attribuito alle misure regionali e nazionali (si pensi a *Dublino III*, o alle misure interne, spesso di matrice governativa). Occorrerebbe forse un ripensamento della disciplina a livello di diritto internazionale che possa sapientemente coniugare i diritti dei singoli con le esigenze dei governi, senza mai dimenticare la condizione di quelle persone - per dirla con i giudici della *district court* - "*with nowhere else to turn*".

Political Gerrymandering: La porta è chiusa e l'aria è consumata

di Nausica Palazzo

Title: Political Gerrymandering: The door is shut and it is stuffy in here

Keywords: Gerrymandering; Electoral law; Voting rights.

1. – “Partisan gerrymandering is nothing new. Nor is frustration with it”. Questo l’incipit del paragrafo in cui la Corte entra nel merito della questione (§II.B). Le pratiche di *political gerrymandering* (designazione generica che include sia il *partisan* che *bi-partisan gerrymandering*) consistono nella deprecabile prassi di ridisegnare le circoscrizioni elettorali sulla base di considerazioni prevalentemente politiche, ossia cercando di massimizzare le *chances* di vittoria di un dato partito alle elezioni legislative. Il termine si riferisce tanto alle pratiche di *cracking* quanto di *packing*. Con le prime (*cracking*), il *gerrymander*, la persona/commissione incaricata di ridisegnare i collegi elettorali, disperde un elettorato non affine in più distretti al fine di azzerarne l’influenza alle successive elezioni. Con le seconde (*packing*), si racchiude invece il maggior numero possibile di elettori non affini all’interno di un solo collegio, così da ridurne il peso negli altri (es. quelli in bilico) e disperdere i voti “in surplus”: gli Stati Uniti adottano infatti un sistema elettorale *plurality* o “first past the post”, in cui risulta vincitore il candidato che ottiene la maggioranza relativa dei voti. In un sistema elettorale *plurality* è sufficiente il 50% più uno dei voti, con la conseguenza che, a seguito di pratiche di *packing*, la vittoria a larga maggioranza di un candidato (es. 90% dei suffragi) si risolve in un maggiore spreco di voti (in base all’esempio fornito, i voti compresi tra il 50%+1 e il 90% sono tecnicamente “inutili”).

Nella decisione in commento, la Corte suprema pone la parola fine alle cause miranti a dichiarare incostituzionali le mappe elettorali frutto di *gerrymandering* di natura politica. Per dirla con la dottrina americana, la Corte “chiude la porta” a simili questioni, dopo aver a suo dire per anni, e senza successo, cercato di trovare uno standard di giudizio che le consentisse di distinguere pratiche conformi a Costituzione da pratiche incostituzionali.

La Corte aveva inizialmente ritenuto la questione idonea alla risoluzione in via giurisdizionale (*Davis v. Bandemer*, 478 U. S. 109, 132 (1986) (*plurality opinion*)) nel 1986, ritenendo inoltre tale prassi potenzialmente contraria al XIV emendamento (*contra v. Gaffney v. Cummings*, 412 U. S. 735 (1973)). Tuttavia, la Corte faticò negli anni ad individuare un approccio (o “test”) coerente per giudicare simili casi, e faticò ancor più a coagulare una maggioranza intorno a uno degli approcci proposti. In una

mera *plurality opinion*, il giudice White individuava peraltro un test assai rigoroso e di difficile applicazione, come testimonia la confusione delle corti di prima istanza e il tasso di insuccesso delle cause di *political gerrymandering*, pari al 100%. Il test chiedeva al contempo di dimostrare: (a) un intento discriminatorio; (b) un effetto discriminatorio, ossia che i distretti elettorali fossero tali da azzerare sistematicamente la capacità di un gruppo di elettori di incidere sul processo politico. Il test meno stringente proposto dal giudice Powell nell'opinione dissenziente (richiedente, quanto agli effetti, che il distretto elettorale sostanzialmente avesse una forma bizzarra) fu rigettato.

Nel 2004, la Corte ritornò a pronunciarsi sulla questione, senza tuttavia essere in grado ancora una volta di coagulare una maggioranza intorno alla decisione (*Vieth v. Jubelirer*, 541 U. S. 267 (2004) (*plurality opinion*)). Nella sua *plurality opinion*, il giudice Scalia ritenne la questione di natura politica e quindi “non-justiciable” per due ragioni fondamentali: trattandosi di una materia che la Costituzione annovera tra le competenze del Congresso (ai sensi dell'art. I§4 della Costituzione, ossia della “time, place and manner clause”) e dovendosi, dopo lunghi anni, ormai constatare l'assenza di un test utile e pratico che le corti possano adoperare per risolvere simili questioni.

Con la pronuncia che qui si commenta la Corte, invece, raggiunge l'agognata maggioranza per sbarrare definitivamente la strada alle cause di *gerrymandering* di natura politica. Ne consegue che ciò che era opinione di una maggioranza di giudici è ora divenuta la posizione ufficiale della Corte. La Corte dunque ritiene che le controversie sul *gerrymandering* di natura politica non possano essere risolte in via giurisdizionale. Queste potranno essere affrontate soltanto all'interno dei tradizionali circuiti del processo politico e attraverso gli strumenti tradizionali, propri di quest'ultimo.

Segue una corsiva descrizione del caso concreto e della sentenza della Corte suprema (par. 2) e un'analisi dei punti della sentenza più deboli sotto il profilo teorico-argomentativo (par. 3).

2. – I due giudizi riuniti riguardano le mappe contenenti i nuovi collegi per le elezioni del Congresso dello Stato rispettivamente della Carolina del Nord e del Maryland. Quanto alla Carolina del Nord, le nuove mappe incriminate (o “redistricting plan”) erano state commissionate dai deputati repubblicani che controllavano il Congresso statale. Tale compito fu assegnato con l'esplicita direttiva di massimizzare le *chances* di vittoria dei repubblicani alle elezioni dei prossimi dieci anni, direttiva dettagliata a tal punto da indicare il numero di collegi sicuri da individuare (10 per i repubblicani e 3 per i democratici). La mappa fu introdotta nel 2016 e alle elezioni successive del novembre 2016 i repubblicani conquistarono 10 seggi e i democratici 3. Un gruppo organizzato di elettori pertanto impugnò tale mappa lamentando molteplici violazioni e in particolare una violazione del principio di uguaglianza ai sensi del XIV emendamento (che impone che tutti i voti abbiano lo stesso peso), la libertà di espressione e di credo politico ai sensi del I emendamento (da ritenersi lesa dal momento che tutti gli elettori democratici sono svantaggiati a causa del loro credo politico), il requisito secondo cui il Congresso è eletto dal popolo (e non da marchingegni messi a punto dagli eligendi) ai sensi dell'art. 1§2 Cost., e la clausola “time, place and manner” ex art. 1 § 4 Cost. che consente agli Stati di disciplinare tali aspetti per le elezioni del Congresso (del cui potere qui sarebbe stato fatto un uso improprio e che potremmo definire *ultra vires*).

Quanto al Maryland, il problema e la sua genesi sono assai simili, sebbene in questo caso le istruzioni provenivano dalla maggioranza democratica del Congresso e dal governatore democratico. Anche qui le intenzioni della commissione istituita

furono inverte alle elezioni successive, dove i democratici riuscirono, come richiesto, a trasformare il sesto collegio in un collegio “sicuro” per i democratici. I motivi di gravame riguardarono in questo caso una violazione del primo emendamento e una violazione dell’art. 1§§2 e 4. Entrambe le Corti di primo grado dichiararono l’incostituzionalità delle mappe della Carolina e del Maryland, obbligando i Parlamenti nazionali a ripetere il procedimento.

2.1. – La Corte suprema annulla infine entrambe le sentenze, ordinando alle corti distrettuali di dichiarare la questione inammissibile per difetto di giurisdizione. Trattasi a suo avviso di questione di natura politica, poiché non esisterebbe un “manageable standard” da adoperare per la sua risoluzione (*Baker v. Carr*, 369 U. S. 186 (1962)). Come tale, essa deve essere risolta nell’alveo del processo politico, non già da un organo giurisdizionale.

Per giungere a una simile conclusione la Corte ha dovuto preliminarmente distinguere il *partisan gerrymandering* da tutti i casi concernenti il diritto di voto in cui ha invece ritenuto che un *manageable standard* vi fosse.

Nel caso del principio della *equal population*, ossia della differenza numerica tra collegi elettorali, il test consisteva in un calcolo matematico relativamente semplice. Individuata la popolazione dei collegi di dimensioni inferiori e lo scostamento ammissibile (di solito 10% per le elezioni statali e praticamente 0 per quelle federali in assenza di un valido interesse che giustificasse una deroga) il calcolo era piuttosto immediato (p. 11-12). Invece, ben più ardito è il distinguo operato rispetto alle cause di *gerrymandering* su base razziale: in tal caso, afferma la Corte, la differenza fondamentale consiste nell’incostituzionalità di tali pratiche, ai sensi del principio di uguaglianza, a differenza delle pratiche di *gerrymandering* di natura politica che in sé sono, si badi, legittime dal punto di vista costituzionale. È l’eccesso di *gerrymandering* politico a sollevare dubbi di legittimità costituzionale (p. 12, ove si cita *Gaffney*, 412 U. S. 735, 753, “[p]olitics and political considerations are inseparable from districting and apportionment”). Ne consegue che la questione sia una “di grado”, aspetto che rende ancora più difficoltosa l’individuazione di un approccio coerente per la risoluzione giudiziale di tali casi (p. 13, ove si cita *Vieth*, 541 U.S., 296 (*plurality opinion*)), secondo cui il punto è capire quando il *gerrymandering* sia andato “troppo oltre”).

3069

3. – La sentenza, sebbene coerente con la giurisprudenza precedente in materia, risulta essere criticabile sotto alcuni aspetti teorici e argomentativi. Gli aspetti che meritano maggiore attenzione sono i seguenti:

(1) la legittimità delle pratiche di *gerrymandering* di natura politica in via di principio e il fatto che trattasi di una questione di mero grado;

(2) la conferma della giurisprudenza precedente in materia di criteri tradizionali per la delimitazione dei collegi (“traditional redistricting principles”), che comprende altresì criteri assai discutibili legati a considerazioni *lato sensu* politiche;

(3) l’introduzione ad arte di concetti vaghi e argomenti finalizzati a rendere troppo complessa la decisione del caso, e in particolare l’uso strumentale del concetto di *fairness* e di *proportional representation* nei termini che si diranno.

3.1. – Per prima cosa, la Corte conferma la legittimità delle pratiche di *gerrymandering* di natura politica. Ossia non c’è niente di male ed è persino inevitabile che i politici ricorrano a criteri più tradizionali, ad esempio di tipo territoriale, e altresì a considerazioni di natura politica. Eppure, considerazioni di natura politica sono

davvero inseparabili dal punto di vista descrittivo? E, dal diverso punto di vista prescrittivo, *non converrebbe* forse isolare il processo decisionale da tali considerazioni? In ambo i casi è possibile dare una risposta affermativa.

In ottica comparata, è possibile rinvenire ordinamenti che non fanno alcun riferimento a considerazioni di carattere politico nell'individuazione dei collegi elettorali, sull'assunto che tali considerazioni non rientrino nei criteri tradizionalmente utilizzati in ambito elettorale. Un esempio tra i tanti, è costituito dall'Italia, ove le deleghe legislative contenenti i criteri e principi direttivi per l'individuazione dei collegi/circoscrizioni elettorali (a seconda del sistema elettorale da implementare) non citano tra detti criteri considerazioni di natura politica.

Tra gli esempi più recenti si veda l'art. 3, comma 1, legge n. 165/2017 (c.d. *Rosatellum*) concernente la determinazione dei collegi uninominali della Camera, che menziona tra i criteri "tradizionali" (adoperati altresì nel 2015 e 1995 per l'adeguamento alle nuove leggi elettorali) i seguenti: "2) [...] la coerenza del bacino territoriale di ciascun collegio, tenendo altresì conto delle unità amministrative su cui insistono i territori e, ove necessario, dei sistemi locali e, di norma, la sua omogeneità sotto gli aspetti economicosociale e delle caratteristiche storico-culturali, nonché la continuità del territorio di ciascun collegio, salvo il caso in cui il territorio stesso comprenda porzioni insulari (lett. d))."

È dunque errata la considerazione secondo cui considerazioni di carattere politico siano "consustanziali" all'individuazione dei collegi elettorali.

Dal punto di vista prescrittivo, poi, non v'è dubbio che i due aspetti vadano tenuti distinti. Non solo è possibile ma *occorre* isolare il procedimento di determinazione dei collegi da considerazioni politiche, poiché tali considerazioni generano mostri (come la storia recente del *gerrymandering* di natura razziale insegna, con le sue figure falciformi, allungate e fortemente irregolari).

Quest'esigenza si manifesta non solo nell'individuazione dei criteri sostanziali che guidano il delicato momento della determinazione dei confini dei collegi, ma anche nell'individuazione, altrettanto importante, del soggetto chiamato a svolgere tale compito. Il legislatore italiano, conscio che i criteri tradizionali non pongono necessariamente al riparo da pratiche potenzialmente scorrette (sebbene ne riducono la possibilità "di insorgenza") ha infatti assegnato tale compito ad un organo di natura tecnica e non politica, ossia una commissione di esperti dell'Istituto nazionale di statistica italiano ("Istat"). L'Istat è ente pubblico di ricerca italiano circondato da garanzie di indipendenza strutturale e operativa che assicurano l'imparzialità dell'organo e la completezza dei dati raccolti nelle attività di censimento e indagine campionaria.

3.2. – Il punto precedente è strettamente collegato al presente punto: la giurisprudenza statunitense in materia di "traditional redistricting criteria" lascia perplessi in quanto include tra i criteri tradizionali anche criteri che richiedono considerazioni di natura politica.

In particolare, la giurisprudenza della Corte suprema in materia di elezioni federali, nei suoi precedenti storici quali *Wesberry* e *Karcher* ha annoverato tra gli interessi legittimi che un legislatore può perseguire nel disegnare le mappe elettorali i seguenti:

- il rispetto della geografia del territorio;
- la compattezza e contiguità territoriale;
- i confini amministrativi;
- la necessità di non dividere città;

- la necessità di evitare scontri diretti in un dato collegio tra due deputati uscenti (“avoiding contests between incumbent Representatives”, v. *Karcher v. Daggett*, 462 U.S. 725, 740 (1983)).

L'ultimo aspetto merita una riflessione: si tratta della necessità, costituzionalmente legittima, di evitare scontri diretti tra due deputati uscenti. Un simile interesse consentirebbe di invocare una deroga al rispetto rigoroso del principio dell'*equipopulation* (ossia che ogni collegio debba tendenzialmente avere lo stesso numero di elettori). Tuttavia, è interessante notare come inizialmente tale interesse fosse stato concepito in maniera precisa e determinata, oltre che circondato da una cautela: il divieto di adoperare questo criterio in modo discriminatorio, ovvero per danneggiare un candidato di colore o ancora utilizzarlo a vantaggio di rappresentanti uscenti repubblicani ma non anche democratici e viceversa (Edward B. Foley, *Election Law and Litigation: The Judicial Regulation of Politics*, Wolters Kluwer, 2014). Un simile interesse, assai circoscritto e preciso, è dunque ben diverso da un interesse generale alla “protezione dei rappresentanti uscenti” citata nell'opinione della Corte, ossia la possibilità di manipolare i collegi per assicurare la rielezione di un rappresentante uscente. L'*incumbent protection* di cui parla *Roucho* per giustificare la piena legittimità delle pratiche di *gerrymandering* di natura politica, è dunque una versione volutamente distorta di un interesse originario ben più circoscritto (interesse a evitare scontri diretti tra deputati uscenti).

Un secondo criterio discutibile è il mantenimento della “geografia politica naturale” di un dato territorio (p. 18). Non ci si riferisce con ciò ai confini amministrativi, bensì al modo in cui una fetta di popolazione stanziata su un territorio vota storicamente, ossia se si tratti di un'area tradizionalmente “rossa” o “blu”. Ad esempio, prosegue la Corte, è normale che un'area urbana sia di solito dominata da un certo partito politico. Questo fa sì che esistano distretti che non sono “packed” per scelta del legislatore, bensì per una contingenza storica e geografica. Non si può non notare, tuttavia, come le due situazioni siano radicalmente diverse. Una cosa è un territorio tradizionalmente legato a un partito politico, altra è un territorio ritagliato e cucito ad arte per far vincere un partito politico. Ne consegue che, anche il criterio del mantenimento della “geografia politica naturale”, nella misura in cui legittima considerazioni di carattere politico, dovrebbe essere abbandonato.

3071

3.3. – Infine, pare evidente che la Corte *crei* il problema e ne decreti l'insolubilità. Lo crea innanzitutto quando definisce il *political gerrymandering* una questione “di grado”. È evidente che una cosa è rintracciare una pratica in sé discriminatoria (come il *racial gerrymandering*), altra cosa è rilevare l'eccesso di una pratica in sé legittima dal punto di vista costituzionale (è questo il caso del *political gerrymandering*). In aggiunta, la Corte introduce concetti vaghi al fine di complicare ulteriormente il quadro e decretare l'impossibilità di individuare un approccio coerente per la risoluzione del caso. Ci si riferisce con ciò in particolare ai concetti di *fairness* e di *proportional representation*.

In ambo i casi, non si tratta di un approccio proposto dai ricorrenti bensì di un tentativo della Corte di dire che ciò cui “in fondo” aspirano i ricorrenti è proprio l'applicazione di un concetto spauracchio come quello di *political fairness*, e persino di una rappresentanza proporzionale delle forze politiche.

In ordine, la *political fairness* è richiamata per dire che i ricorrenti vorrebbero costringere la Corte a decretare quanti seggi un dato partito politico “meriti” (p. 17) e modificare i collegi elettorali di conseguenza. E qui la Corte comincia ad elencare i molteplici significati che il termine *fairness* potrebbe assumere: giustizia nel senso di maggior numero di collegi competitivi, giustizia nel senso di aderenza ai “traditional

redistricting criteria”, ecc. Il primo significato viene rigettato in quanto si avvicinerebbe ad un tentativo surrettizio di introdurre un sistema elettorale proporzionale (v. *infra*), il secondo proprio perché, come si è più sopra visto, i criteri tradizionali includono e legittimano considerazioni di carattere politico, parlando di protezione dei rappresentanti uscenti e di protezione della geografia politica di un territorio (p. 18).

Quanto alla rappresentanza proporzionale, la Corte afferma quanto segue: “partisan gerrymandering claims invariably sound in a desire for proportional representation”. I ricorrenti partono dal presupposto che le mappe siano incostituzionali in quanto renderebbero eccessivamente difficile la traduzione dei voti in seggi per un dato partito politico (p. 16). Una simile affermazione, a detta della Corte, cela l'intento di introdurre il concetto di rappresentanza proporzionale, estraneo al sistema elettorale statunitense (p. 16, ove cita *Bandemer*, 478 U. S., 159 (opinion of O'Connor, J.)). Ciò in quanto maggiore è la deviazione rispetto al numero di seggi che il partito otterrebbe con un sistema elettorale proporzionale (su base nazionale), maggiore il sospetto di incostituzionalità.

La Corte tenta di introdurre lo spauracchio del sistema elettorale proporzionale, i cui mali, tra cui la frammentazione politica, a più battute sono richiamati nella giurisprudenza elettorale statunitense proprio per costruire un'identità per opposizione, ossia per dirla con Montale, “ciò che non siamo, ciò che non vogliamo”.

Tuttavia, il paragone con il sistema proporzionale proposto dalla Corte non coglie nel segno. La distinzione tra nozione di uguaglianza in entrata e uguaglianza in uscita è un utile grimaldello teorico per capire la non appropriatezza del paragone: “[i]l principio di eguaglianza del voto ... richiede che ciascun voto abbia pari peso nel momento in cui si determinano gli *inputs* elettorali, non invece nel momento in cui se ne producono gli *outputs*” (M. Luciani, *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991, 36).

Volendo semplificare, l'uguaglianza in entrata attiene alla manifestazione, l'uguaglianza in uscita direttamente al risultato, richiedendo che il peso del voto preservi la sua tendenziale uguaglianza indipendentemente da che si scelga un elettore vincente o perdente. Il momento dell'individuazione dei collegi attiene, evidentemente, al momento dell'uguaglianza in entrata. In altre parole, quando avviene un'operazione di *gerrymandering* si va ad intaccare il peso strutturale del voto di un gruppo di cittadini, in quanto la manipolazione del collegio deciderà sovente *prima* delle elezioni se il suo voto avrà un peso o meno (pensiamo al voto di un elettore democratico in un distretto repubblicano creato *ad hoc*). Il punto è che se ciò avviene in applicazione di criteri neutri, ad esempio di carattere territoriale, non può certo dirsi che un elettore sia stato discriminato (pensiamo ad un elettore del centrodestra in una regione italiana storicamente “rossa” chiamata a votare il Presidente del Consiglio regionale). Se invece ciò è frutto di una manipolazione intenzionale di collegi elettorali, la situazione cambia radicalmente e non può non dirsi violato il principio di uguaglianza in entrata. Altra cosa, completamente distinta, è l'uguaglianza in uscita del voto che come detto imporrebbe nella sua versione estrema un proporzionale puro. Nel caso statunitense il sistema elettorale non è in alcun modo chiamato in causa. Le censure mosse al *political gerrymandering* non mettono in alcun modo in discussione il sistema elettorale maggioritario vigente negli Stati Uniti, né impongono l'introduzione di un sistema proporzionale. Semmai, è la Corte a mescolare sapientemente i due piani dell'uguaglianza in uscita e in entrata per rimarcare l'identità per opposizione di cui si è detto e generare un senso di repulsa verso cause di *political gerrymandering*.

4. – In conclusione, la sentenza qui commentata, sebbene costituisca la naturale evoluzione della giurisprudenza precedente, merita una lettura critica. Il diritto elettorale statunitense beneficerebbe forse più di ogni altro settore del diritto di un'analisi comparata. Ad esempio, il modo eccezionale (in prospettiva comparata) e preoccupante con cui si è manifestato il problema del *gerrymandering* politico dimostra che tale ordinamento senz'altro trarrebbe beneficio da un confronto con altri ordinamenti giuridici. E se i sistemi continentali europei non paiono all'altezza della conversazione a causa della diffidenza con cui gli Stati Uniti percepiscono i sistemi elettorali proporzionali o misti, ebbene esistono altri ordinamenti che pur adottando un maggioritario *plurality* non sono incorsi in simili problemi o hanno saputo affrontarli con successo. Si pensi all'affascinante caso dei Borghi putridi nel Regno Unito, piccole città roccaforte della grande proprietà fondiaria, un tempo fiorenti ma poi svuotatesi, che consentivano di eleggere a una manciata di elettori i rappresentanti in Parlamento (tre elettori per rappresentante a Old Sarum, uno a Dunwich). L'influenza elettorale di tali collegi fu poi cancellata dal Reform Act del 1832. Il Regno Unito può poi fungere ulteriormente da esempio per ciò che riguarda l'individuazione dell'organo investito della funzione in questione, se si pensa all'esperimento di successo delle *Boundary Commission* (dell'Inghilterra, della Scozia, del Galles e dell'Irlanda del Nord).

Certo, la conversazione è possibile a patto che si riconosca preliminarmente che di "problema" si tratta.

Non esiste la “pallottola d’argento”: l’*Artificial Face Recognition* al vaglio giudiziario per la prima volta¹

di Andrea Pin

Title: There Is No “Silver Bullet.” The Artificial Face Recognition’s First Judicial Scrutiny

Keywords: Artificial Face Recognition; Judicial Scrutiny; Privacy; EU law; Human Rights Act.

1. – Molto recentemente, la divisione gallese della *High Court of Justice* ([2019 EWHC 2341]) ha affrontato una questione che, per sua medesima ammissione, non aveva precedenti giudiziari in nessuna giurisdizione (par. 1): l'utilizzo dell'*Artificial Face Recognition* (AFR) nella previsione e nella individuazione dei reati. La sentenza *R (Bridges) v. The Chief Constable of South Wales Police et al.* fa dunque d'apripista a questioni giurisprudenziali che difficilmente mancheranno di sollecitare ancora le corti tanto interne quanto sovranazionali e internazionali, impegnate a equilibrare la tutela della privacy con quella della sicurezza e dell'ordine pubblico (*ex multis*, A. Bonfanti, *Big Data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto della privacy e dei dati personali*, in *MediaLaws* 3/2018, p. 1). L'utilizzo dell'AFR, un sistema basato sull'intelligenza artificiale che effettua la ricognizione degli individui attraverso l'uso di telecamere, è da tempo oggetto di riflessione, sia per le speranze che essa consente di coltivare, sia per le perplessità che suscita (*ex multis*, P.W. Nutter, *Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight*, 21 *J. Const. L.* 919, 920, 2019). Finalmente una Corte si è dunque occupata dell'“uso appropriato e non arbitrario dell'AFR in una società libera e civilizzata” (par. 1).

La decisione appare effettivamente significativa ben oltre i confini della giurisdizione, soprattutto in ragione dei criteri che il giudice adotta per decidere. Per i parametri normativi che utilizza, la sentenza esprime l'impostazione tipica del diritto inglese ed europeo, ma affronta il fenomeno anche da angolature che si prestano ad essere riprese in altri ordinamenti.

2. – La Corte immediatamente assume una posizione prospettica di lungo periodo, notando come l'uso della tecnologia da parte delle forze dell'ordine non sia mai stato messo seriamente in discussione. Come essa evidenzia, prevenire e rilevare i reati tramite metodologie scientificamente avanzate, bilanciando la protezione dei diritti

¹ L'autore ringrazia i revisori anonimi per le utili osservazioni volte al miglioramento del presente lavoro.

individuali con il pubblico interesse, ha infatti a lungo impegnato la giurisprudenza interna. Questo è avvenuto soprattutto a partire dall'impiego dei dati biometrici (ovvero il "riconoscimento delle persone basato sulla misurazione e l'analisi delle loro caratteristiche biologiche o dei loro dati comportamentali", secondo la definizione dell'*Home Office Biometrics Strategy 2018*, p. 5). Il corso è iniziato con le impronte digitali, cui si sono poi affiancati il DNA e il controllo facciale, il cui impiego ha favorito sia l'individuazione dei colpevoli sia l'esclusione dalle indagini di soggetti evidentemente estranei a un crimine (par. 5).

È all'interno di questo filone che la Corte inquadra il ricorso all'AFR. Si tratta, essa ammette, di una tecnologia dal grande potenziale per "la prevenzione e l'individuazione del crimine, la cattura dei sospetti o dei colpevoli e la protezione del pubblico", di gran lunga superiore alle tecniche che semplicemente riprendono i passanti (par. 25). Tuttavia, rileva la medesima Corte, l'AFR ha aspetti inquietanti: grazie alla sua capacità di riconoscere 40 individui al secondo (par. 35), è in grado di processare i dati biometrici della popolazione su larga scala e senza il coinvolgimento di quest'ultima (par. 43).

Il caso origina nel quadro di un progetto pilota, dal nome di *AFR Locate*, condotto dalla polizia del Galles meridionale a beneficio dell'intero Regno Unito. La sentenza dunque riguarda, come la stessa Corte ammette, la punta più avanzata dell'uso dell'AFR in Gran Bretagna (para. 8). Il progetto si basa sulla raccolta di immagini digitali di volti ripresi in tempo reale in un contesto dinamico, in cui le persone si muovono liberamente. Tali immagini vengono confrontate con un database in possesso delle forze dell'ordine. Il database concretamente impiegato in ciascuna occasione può mutare, ma complessivamente include destinatari di mandati di cattura, individui illegittimamente sottrattisi a misure detentive, sospettati di avere commesso reati, scomparsi o bisognosi di protezione, di interesse per i servizi di *intelligence* o la cui presenza in un particolare scenario desta una particolare preoccupazione (par. 30). Il software impiegato isola i volti e ne estrae dati biometrici al fine di compararli, distinguendo le persone per le quali c'è un riscontro nei database da quelle che invece non risultano inserite in tale lista. Ebbene, nei 50 utilizzi concretizzatisi tra il 2017 e il 2019, *AFR Locate* ha processato 500,000 volti (par. 36). Anche se naturalmente tale cifra non indica il numero di soggetti coinvolti, giacché il medesimo individuo può essere stato ripreso più volte, il dato è significativo, se si considera che l'intero Galles ha una popolazione di poco più di 3 milioni di individui. Di qui, la necessità per la Corte di considerare attentamente in che modo il progetto *AFR Locate* si sia effettivamente svolto, per valutare se esso abbia configurato una forma di monitoraggio di massa (par. 7).

Al fine di effettuare tale verifica, la sentenza effettua un approfondimento relativo alle modalità con le quali *AFR Locate* utilizza le immagini delle telecamere. Il software, essa nota, compara le immagini dei volti con i database esistenti, di volta in volta riscontrando o escludendo una corrispondenza. Il riscontro tra queste ultime e i volti contenuti nel database si basa sull'attribuzione di un "punteggio di somiglianza", il quale stabilisce la probabilità che due immagini siano riconducibili alla medesima persona. Come rileva la Corte, quest'operazione è particolarmente delicata perché esige di individuare una soglia appropriata, evitando un eccesso di "falsi positivi" (riscontri erronei) o di "falsi negativi" (mancati riscontri) (par. 24).

Nei due anni di operatività del progetto pilota, la polizia ha collocato delle postazioni mobili di telecamere in luoghi affollati, concentrando la sua attenzione su eventi socialmente significativi, come la finale della *Champions League* disputatasi a Cardiff nel giugno 2017 o altri eventi pubblici ai quali ci si attendeva una copiosa affluenza. Il software ha verificato l'esistenza di riscontri ("*matching*") tra gli individui ripresi dalle telecamere e alcuni dei volti di persone che, per diverse ragioni, comparivano nei database della polizia. Il database massimo con il quale il software

può operare ammonta a 2000 individui (par. 31); tuttavia, la polizia è in grado di ridurre ulteriormente il numero di individui rispetto ai quali effettuare la verifica. Ad esempio, complessivamente, il database specifico per la finale di *Champions League* conteneva 919 persone. Durante l'utilizzo del software e della telecamera in quella giornata ci sono stati 10 riscontri, di cui 8 risultati poi fondati (par. 11). In un'altra occasione c'è stato un solo riscontro, anch'esso poi verificato come effettivamente positivo (par. 14).

L'impiego di *AFR Locate* è condotto con modalità esplicite. La polizia anticipa sui social media che ne farà uso; esibisce dei cartelli in formato A2 nei luoghi in cui viene utilizzata la AFR e distribuisce volantini alle persone del pubblico in merito all'attività che sta svolgendo (par. 39). Infine, il protocollo prevede che, nel caso in cui il software individui un potenziale riscontro, le due immagini siano considerate da un operatore umano, ossia un agente di polizia: per la Corte, questa è una importante salvaguardia, su cui si tornerà più tardi (par. 33). Nel caso in cui l'operatore confermi la valutazione del software, le forze di polizia si attivano per identificare il soggetto per il quale si è verificato il *matching*. All'identificazione eventualmente segue, quando del caso, la cattura o la semplice segnalazione all'*intelligence* (par. 33).

3. – A rivolgersi alla Corte non è stato uno dei soggetti rientranti nei database, ma, al contrario, qualcuno che non vi compariva. Infatti, l'attore ha lamentato di essere stato presente in due occasioni di grande affluenza (par. 11), esponendo la propria figura alla telecamera senza essere stato avvertito della presenza di tale apparecchiatura (par. 13 e 16). Le doglianze hanno riguardato tre distinti profili. In primo luogo, la violazione del diritto alla privacy garantito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; in secondo luogo, il mancato rispetto delle norme interne di derivazione Ue a protezione dei dati personali; infine, la violazione dei doveri di uguaglianza imposti dalla normativa nazionale sul pubblico settore, in quanto il software cagionerebbe uno sproporzionato numero di riscontri erronei tra alcune fasce della popolazione (par. 18 e 21).

La sentenza affronta le doglianze glissando su di un paradosso iniziale. Non era infatti noto né all'attore, né alla polizia, né tantomeno alla Corte se questi fosse stato effettivamente ripreso dalla telecamera (par. 16). Questo perché, in mancanza di *matching*, *AFR Locate* elimina immediatamente e automaticamente i dati biometrici raccolti, privandoli alla disponibilità della polizia che gestisce il software (par. 37).

4. – In tema di privacy e Cedu, la Corte riconosce come l'“AFR permette che l'operazione relativamente comune consistente nell'osservare gli individui si svolga molto più velocemente, efficacemente ed estesamente”. È la tecnologia di questo tipo che deve obbligare a “riflettere per il suo potenziale impatto sulla privacy” (par. 46).

La Corte ricapitola l'estesa protezione della “vita privata” assicurata dall'art. 8 Cedu, pacificamente ricomprendente la vita sociale delle persone e dunque le occasioni di aggregazione durante le quali gli individui sono stati ripresi. Poi essa passa a considerare in particolare gli aspetti tecnici dell'*AFR* alla luce della privacy. In primo luogo, nota la Corte, il fatto che *AFR Locate* smaltisca immediatamente le informazioni raccolte in mancanza di un riscontro non esclude l'applicazione della privacy, in quanto è la mera raccolta delle immagini, non la loro conservazione, ad attivarne la tutela (par. 52). Del resto, *AFR Locate* per il giudice fa ben più che raccogliere immagini, come si trattasse di un apparecchio fotografico installato in una pubblica piazza. “L'informazione digitale che contiene l'immagine viene analizzata e i dati facciali biometrici ne vengono estratti. Le informazioni vengono poi ulteriormente processate per confrontarle con la lista di individui” in possesso della

polizia (par. 55). *AFR Locate* dunque svolge operazioni ben oltre ciò che chiunque potrebbe attendersi come “prevedibile e non sorprendente” in un luogo pubblico (par. 55). Tramite il software la pubblica autorità assimila informazioni di carattere “intrinsecamente privato”, non diversamente dalle impronte digitali o dal DNA (par. 57).

Tali considerazioni consentono alla Corte di affrontare il tema successivo, ossia se l’interferenza con l’art. 8 sia fondata su una base normativa come richiesto dalla Convenzione. Su questo essa opina per l’ipotesi positiva. Infatti, essa nota come i poteri di polizia radicati nel *common law* al fine di prevenire i reati e reprimerli ricomprendano tradizionalmente lo scatto di fotografie negli spazi pubblici (par. 70) e la creazione di database di individui che rivestono un interesse per gli scopi di tutela della sicurezza (par. 77). Non vi rientrano le operazioni sotto copertura o i “metodi intrusivi”, che consistono in accessi in proprietà private o azioni che altrimenti si qualificerebbero come violenza. Tuttavia, *AFR Locate* non è ascrivibile a nessuna di queste due ipotesi: essa non richiede alcun “accesso fisico, contatto o uso della forza” ed esige che le forze dell’ordine informino del suo uso il pubblico (par. 82-84).

La Corte passa poi a sottoporre l’uso dell’AFR al test di proporzionalità, nella sua formulazione quadripartita, consolidatosi con *Bank Mellat v Her Majesty’s Treasury (No 2)* ([2014] AC 700). Nella sua declinazione inglese, tale test viene dunque ripercorso dalla Corte, la quale si interroga *i*) se la misura sia sufficientemente importante da giustificare la limitazione di un diritto fondamentale; *ii*) se sia razionalmente connessa all’obiettivo; *iii*) se fosse disponibile una soluzione meno intrusiva nei confronti dei diritti coinvolti ed ugualmente efficace; *iv*) se complessivamente la scelta compiuta bilanci in maniera equilibrata i diritti individuali e gli interessi della comunità (par 98; si veda *Lord Sumption* in *Bank Mellat*, p. 20). La sentenza riscontra i requisiti del test nella trasparenza dell’operazione, largamente preannunciata e pubblicizzata, nella mancanza di arresti di persone basati su falsi riscontri, nel fatto che non ci siano state lamentele da parte del pubblico e che il sistema elimini immediatamente le informazioni relative ai soggetti privi di riscontro nel database (par. 101).

La Corte si concentra infine soprattutto sul requisito della “proporzionalità in senso stretto”, considerando i contesti in cui la tecnologia è stata utilizzata e gli esiti cui ha condotto. Essa giustifica l’uso di *AFR Locate* alla luce dei disordini accaduti nel corso degli eventi cui anche l’attore aveva partecipato e per il fatto che solo tramite l’impiego di tale software in quelle occasioni era stato possibile effettuare alcuni arresti (par. 102). Nota infine l’importanza di una lista di individui per i quali tentare il riscontro: questa infatti limita la potenziale sorveglianza generale del pubblico (par. 104). Complessivamente, tali elementi suffragano, nel ragionamento della Corte, l’uso di *AFR Locate* secondo i protocolli sopra descritti. L’unica ipotetica doglianza, secondo la Corte, potrebbe piuttosto riguardare la compilazione della lista per i potenziali riscontri: una ingiustificata inclusione di un individuo in un *database* potrebbe effettivamente dare luogo ad una violazione della privacy (par. 105). Al contrario, conclude la Corte, l’uso dell’AFR, in sé, non soffre di un chiaro o sistematico “deficit di proporzionalità” (par. 108).

5. – La Corte dedica meno spazio alle doglianze relative alla protezione dei dati personali, pur toccando sia la direttiva 96/46 quanto il GDPR. In particolare, la Corte non esprime alcuna posizione relativamente all’applicabilità dell’art. 22 del GDPR (transitato negli artt. 14 e 49-50 del DPA 2018), il quale, come noto, regola i diritti del soggetto che subisce una decisione basata su di un processo automatizzato. Tuttavia, anche nell’ambito della privacy la sentenza presenta alcune considerazioni di qualche rilievo. Innanzitutto, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di

Giustizia, essa nota come i dati personali che vengono processati siano quelli di tutti coloro che vengono ripresi dalle telecamere, indipendentemente dal fatto che poi manchi un riscontro nel database, come invece sosteneva la polizia. È la “potenzialità ad essere identificati”, derivante dal processo di riconoscimento del volto, a generare l’interesse alla tutela dei dati (par. 113 e 125), che pertanto riguarda i soggetti compresi nei database quanto la generalità della popolazione ripresa dalle telecamere di *AFR Locate* (par. 132). Del resto, reitera la sentenza, tale software, al fine di escludere un individuo ripreso da una telecamera, deve verificarne il riscontro nel database, il che configura, a tutti gli effetti, una forma di “data process” (par. 133).

La Corte poi passa a valutare l’impatto della raccolta dei dati sulla protezione della privacy. La normativa nazionale prescrive che tale valutazione debba considerare il complesso di operazioni effettuate con i dati, i rischi potenziali per le libertà e i diritti degli individui coinvolti e infine le misure volte ad evitarli, considerando anche altri interessi potenziali (Sezione 64, *Data Protection Act* 2018, derivante dall’art. 35 GDPR).

Sul punto la Corte conferma implicitamente la tradizionale deferenza del giudiziario inglese nei confronti degli altri poteri. Essa attesta che la polizia gallese ha effettuato una valutazione d’impatto, contenente una dettagliata descrizione del trattamento dei dati e delle sue potenziali implicazioni per la privacy (par. 148). Tuttavia, una volta assicuratasi che tale valutazione si sia svolta tenendo conto dei fattori in gioco, la Corte si arresta. Evita infatti radicalmente di poter “sostituire la propria opinione a quella del responsabile della tenuta dei dati”; ricava per sé lo spazio per eventualmente riscontrare una violazione solo nel caso in cui il responsabile del trattamento dei dati “abbia svolto il suo compito secondo una metodologia rivelatasi falsa, o in una maniera chiaramente fallace” (146). Il che, nota la Corte, non risulta avvenuto nel quadro dell’utilizzo dell’*AFR* da parte della polizia. Anche sul punto, la Corte pertanto conclude per la legittimità dell’operato della polizia e dei protocolli di *AFR Locate*.

3079

6. – Infine la Corte affronta il dovere di eguaglianza imposto sul pubblico settore, in base all’*Equality Act* 2010. Questo prescrive che “le autorità pubbliche devono, nell’esercizio delle loro funzioni, avere riguardo a tre aspetti: (a) la necessità di eliminare la discriminazione...; (b) la necessità di promuovere l’uguaglianza di opportunità tra persone che condividono e coloro che sono prive di una caratteristica protetta; (c) la necessità di promuovere le buone relazioni” tra queste due categorie (Sezione 149). L’attore sosteneva che *AFR Locate* restituisse risultati indirettamente discriminatori in base al sesso e alla razza; esso infatti, a suo dire, eccedeva nei “falsi positivi” soprattutto quando venivano analizzati i dati biometrici di donne, persone di colore e minoranze etniche (par. 152).

Su quest’ultima doglianza la Corte manifesta una forte irritazione, ritenendo che essa abbia “un’aria di irrealtà” (par. 153), poiché il software non offrirebbe alcuna evidenza discriminatoria. L’unica pezza d’appoggio per la doglianza consisterebbe nella testimonianza di un esperto, che aveva evidenziato come lo sviluppo della capacità del software dipenda da un *training*, ossia una fase di apprendimento in cui alla macchina vengono somministrati esempi dai quali essa impara. Se gli esempi riguardano in misura inferiore alcune categorie, rispetto a queste *AFR Locate* sviluppa dunque minore familiarità e può errare più facilmente.

In realtà, la doglianza non era totalmente destituita di fondamento. Come la stessa Corte deve ammettere, i test avevano dimostrato un eccesso di falsi positivi soprattutto tra le donne, rispetto a quanto accadeva tra gli uomini. Grazie ad alcuni periti, essa aveva tuttavia ricondotto quest’anomalia alla presenza nel database di “due volti femminili ... dai connotati molto diffusi”. L’eccesso di falsi positivi non sarebbe

stato dunque causato da un pregiudizio di genere, ma da una certa tipologia di volto contenuta nel database: fenomeno noto come “*lamb*s” (par. 154-155).

A chiudere definitivamente la questione, a detta della Corte, sarebbe stata la presenza dell'uomo. Infatti, con *AFR Locate* “nessuna azione viene intrapresa nei confronti di un membro del pubblico a meno che un agente (l'operatore del sistema) non abbia verificato il riscontro potenziale generato dal software, giungendo all'opinione che ci sia un riscontro tra il membro del pubblico e la lista dei volti” (par. 156). In quest'enfasi sulla verifica dell'operatore, la sentenza pare aderire alla dottrina prevalente sul tema, che ritiene che l'AFR debba affiancare, senza sostituire, l'identificazione di un soggetto effettuata da un essere umano (J. Nawara, *Machine Learning: Face Recognition Technology Evidence in Criminal Trials*, 49 *U. Louisville L. Rev.* 601, 603, 2011).

7. – Le osservazioni offerte dalla Corte gallese hanno effettivamente una portata ampia, viste anche le promesse che paiono derivare dall'AFR. Nonostante, come ammette la sentenza, questa non sia una “pallottola d'argento” senza difetti e assolutamente efficace (par. 107), è senz'altro un potente strumento per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. Intervenendo in un campo giurisprudenziale che attualmente pare essere una *tabula rasa*, la sentenza rileva le potenzialità di un sistema di controllo penetrante come l'AFR e reputa alcune tutele come fondamentali per consentirne l'utilizzo, alcune delle quali echeggiano chiaramente le preoccupazioni della Corte di Giustizia dell'Unione almeno da *Digital Rights Ireland* (C-293/12 e C-594/12; *ex multis*, A. Vidaschi, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La “data retention” al test di legittimità*, in *DPCE*, 2014, p. 1224 ss.). L'immediata eliminazione dei dati raccolti non rilevanti, la trasparenza sull'utilizzo di tale tecnologia e la supervisione umana presentano altrettante garanzie essenziali nella riflessione della Corte; del resto vi pongono l'accento anche gli *Orientamenti etici per un'IA affidabile* resi dal Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale (Commissione Europea, 2019).

Il ruolo della supervisione umana è giustamente posto in particolare evidenza dalla Corte, sebbene questa taccia sull'applicazione dell'art. 22 GDPR e della relativa disciplina nazionale. Sul punto, il GDPR prevede che, in caso che il processo automatizzato produca effetti giuridici o di genere analogo, il soggetto che li subisce abbia il diritto di esigere un intervento umano; il fatto che la Corte non si sia espressa in alcun modo potrebbe forse far pensare che non associ effetti giuridici al monitoraggio facciale. Tuttavia la sentenza non offre alcun elemento che faccia propendere per questa ipotesi.

La Corte getta invece luce su altri aspetti interessanti, rispetto ai quali la supervisione umana ha un ruolo importante da svolgere a prescindere dall'applicabilità dell'art. 22. I sistemi di riconoscimento facciale automatico, infatti, normalmente si sviluppano attraverso *training* il cui risultato non raggiunge mai la certezza. In effetti, si può parlare di gradi più o meno elevati di risultati “probabilmente approssimativamente corretti” (S. Russell-P. Norvig, *Artificial Intelligence. A modern approach*. 3rd ed, Harlow, 2016, p. 714). La supervisione umana dunque effettua una verifica davvero rilevante, consentendo di innalzare ulteriormente il livello di approssimazione verso l'esattezza.

Rimangono però nell'argomentazione alcuni punti d'ombra. In primo luogo, la Corte adotta un livello di scrutinio piuttosto blando relativamente alla valutazione dell'impatto dell'AFR sulla privacy. Come sopra visto, essa si ritiene soddisfatta nel rilevare che la polizia gallese ha tenuto conto degli elementi giuridicamente rilevanti quando ha sviluppato il protocollo per l'utilizzo del software; ritiene invece al di là delle sue competenze una valutazione più approfondita relativamente al modo in cui

protocollo bilancia concretamente gli interessi in gioco. È difficile predire se il vaglio giudiziario prenderà anche in altri ordinamenti la stessa strada, anche alla luce delle tipicità del diritto inglese relativamente all’intensità dello scrutinio nei confronti dell’apparato amministrativo.

Un secondo aspetto problematico riguarda le doglianze sulla discriminazione potenzialmente causata dal software. Infatti, la Corte liquida piuttosto superficialmente l’osservazione di un perito che aveva esplicitamente affermato che il “*bias*” è stato scoperto essere un aspetto dei comuni sistemi di AFR”. Sul punto essa replica semplicemente che il perito non ha offerto una opinione sulla possibilità o sul grado in cui “tale *bias* può essere affrontato” da contromisure come “assicurare che un operatore umano controlli se effettivamente sussiste un riscontro” (par. 157).

La considerazione della Corte non appare così facilmente condivisibile. Il tema delle potenziali disuguaglianze è profondamente legato alle caratteristiche del software, che, dietro una parvenza di oggettività e certezza, può sviluppare atteggiamenti discriminatori. Questa possibilità si concretizza soprattutto quando entra in gioco la componente probabilistica (F. Faini, *Big data, algoritmi e diritto*, in questa *Rivista* 3/2019, p. 1870), che origina nella fase nella quale un software viene sottoposto ad un *training* (A. Roth, *Trial By Machine*, 104 *Geo. L.J.* 1245, 1269, 2016). Non a caso, molta enfasi viene normalmente posta sul cosiddetto “*dataset*”, ossia sul materiale con il quale il software viene alimentato, giacché un *dataset* squilibrato può riverberarsi sui risultati (S. Olhede-P. Wolfe, *When algorithms go wrong, who is liable?*, in *Significance*, 8/2017, p. 8). Per tornare al caso di specie, se il *training* imperfetto produce un eccesso di falsi positivi nei casi di donne e minoranze, all’operatore umano viene sottoposto un maggior numero di verifiche su di una porzione della popolazione piuttosto che un’altra. Il fatto che l’operatore escluda i falsi positivi non toglie il fatto che la sua attenzione sia maggiormente sollecitata nei confronti di una certa fascia del pubblico esposto alla telecamera.

Il tema dei *biases* negli algoritmi è particolarmente scottante negli Stati Uniti, ove le corti hanno preso ad utilizzare con larghezza software per calibrare le condanne penali alla luce di una vasta mole di dati sul potenziale di recidiva. Nonostante l’impiego del software sia ancora dibattuto e anzi abbia ricevuto un cauto avallo da alcuni giudici (si veda *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749, 2016), molte voci si sono levate sul “*disparate impact*” dell’AI nei confronti di alcune minoranze etniche (*ex multis*, M. Hamilton, *The Biased Algorithm: Evidence of Disparate Impact on Hispanics*, 56 *Am. Crim. L. Rev.* 1553, 2019). Ed è particolarmente degno di nota come alcuni studi ammettano che il software non può contemporaneamente garantire un trattamento uguale tra gli individui quanto tra i gruppi etnici, ma che dev’essere operata una scelta tra garantire il principio di uguaglianza tra i singoli o un trattamento equanime tra tutti i gruppi etnici e di genere che compongono la società (J.A. Kroll-S. Barocas-E.W. Felten-J.R. Reidenberg-D.G. Robinson-H.Yu, *Accountable Algorithms*, 165 *U. Pa. L. Rev.* 633, 685, 2017). Alcuni propongono persino che, per evitare *bias* nel *dataset*, debbano strutturarsi forme di sorveglianza di massa, tramite le quali i limitati dati a disposizione su cui si costruiscono inconsapevoli discriminazioni verrebbero integrati dall’immissione di una mole ingente di informazioni relativa all’intera società (si veda Roth, *cit.*, p. 1302).

Per tornare alla sentenza gallese, i limiti del software sembrano dunque difficilmente eliminabili tramite la presenza di un operatore umano, anche se quest’ultimo può senz’altro svolgere una funzione di vaglio importante. La Corte sul punto ha argomentato in maniera forse troppo semplicistica, ponendo poca attenzione alle implicazioni discriminatorie dell’AFR. Probabilmente non se n’è troppo curata perché l’AFR è qui utilizzato nella fase di sorveglianza e non sanzionatoria. Un altro contesto potrebbe costringere a una maggiore ponderazione.

“Serial Miller”. Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse.

di Alessandro Torre

Abstract: “Serial Miller”. Revival of the prerogative, parliamentary sovereignty, Supreme Court (and the need of a constitutional codification?) in the Brexited United Kingdom. Some reflections. - The aim of the essay is not to comment indeed the Prime Minister’s activity at the ending of the Brexit affair and of the “no deal” visceral campaign of a huge part of the conservative party, but rather to assess how far the Royal Prerogative might really be a significant part of the Executive’s commitment to the implementation of the British withdrawal from the EU. The reflection on the inherent, non-statutory powers that the Prime Minister is committed to carry on in order to subvert the Parliament’ opposition is worth of a serious review in order to see how far the traditional “unwritten constitution” can actually work, and whether some further codification of constitutional non statutory rules, most of which fall under the very governmental power, would prevent a disestablishment of the institutional order coming from the senseless policy of a patrol of hard brexiteers supporting the sacredness of the popular referendum in opposition to the representative democracy. Will the UK Supreme Court, eventually acting as a powerful constitutional arbitrator, successfully defend the sovereignty of Parliament and the balance of working conventions within the chaotic landscape of the Brexit?

3083

Keywords: Prerogative; Sovereignty; UK Supreme Court; Brexit; Miller decisions.

1. Introduzione

Sulla clamorosa vicenda della *prorogation* dell’attività del Parlamento di Westminster, da Sua Maestà Elisabetta II proclamata per sua prerogativa dietro formale richiesta del *premier* conservatore Boris Johnson, la Corte Suprema del Regno Unito si è pronunciata il 24 settembre 2019 con la sentenza diventata nota come *Miller/Cherry* (o più semplicemente *Miller 2*)¹. Questa decisione, e non meno il

¹ *R. (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) / Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41. Questa sentenza ha avuto all’origine un ricorso su una decisione di una *Divisional Court* scozzese ed è intervenuta dopo tre udienze (17, 18 e 19 settembre) in cui la Corte Suprema si è riunita *en banc*, ovvero nell’interezza della sua composizione, e pronunciandosi all’unanimità. Tra i molti commenti v. i recenti G. Caravale, *Il Miller2/Cherry case: la Corte Suprema Britannica si afferma come custode dei constitutional principles*, in *Federalismi.it*, 18, 2 ottobre 2019, 1 ss., e T. Kostandinides, N. O’Meare, R. Sallustio, *The UK’s Supreme Court’s Judgment in Miller/Cherry: Reflections on Its Context and Implications*, U.K. Const. L. Blog (2nd October 2019).

conflitto costituzionale in cui è inserita, sta sollevando tra i costituzionalisti britannici un dibattito di considerevole vivacità che ha eguagliato (e forse superato, se si considera il brevissimo arco di tempo in cui contenuti e implicazioni della sentenza hanno formato materia di una raffica di interventi comparsi nel *blog* della *UK Constitutional Law Association*) quello che aveva accompagnato le diverse fasi della Brexit. Queste fasi, che sono tuttora ben lontane dalla conclusione, sono partite dal referendum del giugno 2016 per giungere, attraverso il filtro perentoriamente costituito dalla sentenza *Miller* del 24 gennaio 2017, alle nuove clamorose battaglie parlamentari che monopolizzano quotidianamente le cronache dell'attività pubblica nelle antiche aule di Westminster.

Le due menzionate sentenze della Corte Suprema sono giunte, in una fase cruciale della storia costituzionale britannica del nuovo secolo, per riaffermare alcuni principi fondamentali la cui integrità ha rischiato di essere messa radicalmente in discussione da una condotta governativa eccessivamente propensa a sottovalutare il ruolo che al Parlamento è attribuito dalla logica evolutiva della costituzione "non scritta", e a far ciò ricorrendo, in entrambi i casi che sono sfociati nelle due memorabili decisioni, a un uso della prerogativa che è stato considerato illegittimo (*Miller*) o distorto (*Miller 2*), in entrambi i casi per diretta responsabilità governativa. Partendo da tale presupposto, le riflessioni che seguono non si occuperanno della Brexit in sé, ovvero del frenetico susseguirsi di eventi che ne stanno derivando, ivi compresa la nuova elezione parlamentare prevista per il dicembre 2019, o degli effetti finanziari, economici, politici, sociali, internazionali che, qualora sia realizzato secondo il programma dei Conservatori e dell'*UK Independence Party*, l'abbandono dell'Unione Europea recherà con sé. La questione a cui si tenterà di dare sviluppo sarà, partendo da alcuni tra i più significativi elementi di accelerazione del sistema costituzionale che si stanno attualmente delineando nel Regno Unito e che trovano un nodo essenziale nell'odierno conflitto che il ministro Johnson ha scatenato tra lo strumentale uso governativo della prerogativa regia, ultimamente evocata per ottenere una *prorogation* tattica dell'attività parlamentare, e la sovranità del Parlamento che pur sempre resta un principio-cardine dell'intero sistema, quali concrete ripercussioni potrebbero ragionevolmente prodursi in un ordinamento in cui la flessibilità della *unwritten constitution* non sembra stia operando, quale ammortizzatore degli incidenti politico-istituzionali, con la stessa efficacia del passato.

In sintesi: l'odierno clima del dibattito sulla Brexit, che di certo sarà produttivo di conseguenze sul cui esito è prudente che si eviti alcun pronostico, vede intensificarsi una diatriba politica sulle condizioni della realizzazione dell'abbandono dell'Unione Europea che fin d'ora danneggia alcuni principi su cui si regge l'equilibrio ordinamentale avendo reso iperattive, per lo più in forme distorte – le iniziative dell'Esecutivo e della sua *premiership*, e rallentando o ostacolando l'attività del Parlamento quale primario legislatore del regno. Il coinvolgimento delle Corti di giustizia e, al vertice del sistema, della Corte Suprema ha assunto forme arbitrali più evidenti proponendo una nuova configurazione del potere politico del Giudiziario nelle quali, in nome della *rule of law*, la condotta governativa è stata

scrutinata sotto inediti profili e, fin dal periodo thatcheriano, con esiti non sempre favorevoli. Infine resta da considerare criticamente la marginalità istituzionale di una Corona simbolica, alla quale restano tuttavia attribuiti dei poteri di prerogativa che trovano fondamento in un catalogo inscritto nella tradizione ma il cui materiale esercizio le è alieno, se non per consentire all'Esecutivo di dare legittimazione ad atti di amministrazione e di politica attiva che nella forma sono consentiti dal diritto ma ultimamente risultano privi di correttezza costituzionale.

2. La codificazione costituzionale tra attivismo riformatore e Brexit.

Prima dell'apertura del ciclo della Brexit, sorta di stagione della caccia costituzionale condotta dall'Esecutivo con armi sempre meno convenzionali che stanno alterando molti degli equilibri non scritti che un tempo garantivano la prevedibilità del gioco delle istituzioni, particolarmente feconda era stata la produzione parlamentare di fonti di *statute law* che aveva dato luogo a significative riforme (invero non tutte efficaci) di settori del diritto pubblico a vario titolo rientranti nell'orbita di un sistema comunemente definito di *unwritten constitution*. Sebbene i suoi spazi vitali fossero fortemente minacciati dall'espansione della *delegated legislation* che vede l'Esecutivo, nuovo amministratore della prerogativa, esercitare ruolo e funzioni di artefice di interi complessi di norme, la legislazione parlamentare aveva manifestato una chiara tendenza verso la codificazione normativa in aree tradizionalmente non scritte nelle quali si considerava urgente che il diritto scritto introducesse nuove regole destinate a razionalizzare valori e meccanismi della costituzionalità, il che era fatto introducendo la certezza del diritto scritto laddove le regole erano convenzionali o di antica produzione storica, e per lo più obsolescenti.

Sebbene non sia da trascurare come l'intero Novecento sia stato caratterizzato da significative riforme che hanno mutato il volto dello Stato britannico², particolarmente nutrita e ravvicinata nei suoi tempi è stata la sequenza di interventi legislativi che a partire dall'ultimo decennio del secolo hanno accelerato questa trasformazione. Emblematico era stato, sotto tale riguardo, lo *Human Rights Act 1998* che si era sovrapposto al vetusto *Bill of Rights* del 1689 e ad altri Atti di settore che avevano garantito progressi limitati dei diritti mediante una serie di integrazioni *ad hoc* dell'ordinamento, ma non dedicando particolare attenzione ai protocolli sociali e del lavoro su cui invece l'Unione Europea aveva indicato chiari percorsi: è in tal modo che la CEDU era stata inserita nell'ordinamento nazionale. Ultimamente nuove statuizioni avevano disciplinato taluni elementi del potere governativo e della prerogativa regia che di fatto è sotto l'integrale controllo del Primo ministro e del suo partito³, ovviamente con particolare riguardo alle loro

² Ce lo rammenta R. Jones nel saggio *Constitutional Reform and the Contribution of the Political Parties since the Beginning of the 20th Century*, in *Manchester Student Law Review*, 2, 2013, 110 ss.

³ Ma non certo nel confuso scenario della Brexit, come opportunamente osservano G. Baldini, E. Brassanelli, E. Massetti in *Who Is in Control? Brexit and the Westminster Model*, in *The Political Quarterly*, 4, 2018, 537 ss.

interferenze con l'attività parlamentare (perché ovviamente è sotto il profilo di questo fondamentale dualismo che si misura la consistenza di ogni riflessione sulla prerogativa): per esempio, sebbene le vicende che hanno condotto alla *snap election* dell'aprile 2017 abbiano dimostrato quanto facile possa essere l'elusione politica delle sue norme, con il *Fixed-term Parliaments Act 2011*, che abrogava il *Septennial Act 1716* adottato nel quadro dell'avvicendamento dinastico hannoveriano, era stato stabilito che lo scioglimento della Camera dei Comuni fosse sottratto alla discrezionalità del Primo Ministro e, da qui, alla prerogativa della Corona da quest'ultimo di fatto gestita secondo la propria discrezione politica per orientare gli equilibri di partito traendo conferma dal responso dell'elettorato e, facendo tesoro di un buon esito, sospingere ai margini l'Opposizione e consolidare il proprio potere per un'intera nuova legislatura⁴. Un tentativo di nuova razionalizzazione del procedere democratico si riscontrava inoltre nel miscellaneo *Parties, Elections and Referendum Act 2000* (in cui gli articoli 101-129 introducevano una regolazione sufficientemente estesa del referendum, ma senza chiarirne la funzione costituzionale⁵); tuttavia con il voto del giugno 2016, pur nel formale rispetto dei criteri di base fissati dalla legge, le implicazioni populiste della propaganda non hanno mancato di inquinare fortemente il fondamentale rapporto tra società civile e istituzioni, con la conseguenza che il fattuale cedimento del principio di sovranità parlamentare alla nuova dogmatica della sacralità della pronuncia popolare, a cui anche la Corte Suprema nella prima decisione *Miller* sembra essersi adeguata, sta

⁴ Nondimeno questo nuovo congegno legislativo, che sembrava portare pienamente nell'alveo parlamentare la questione dello scioglimento anticipato della legislatura e limitare radicalmente la *dissolution* sovrana, è stato eluso dalla modalità con cui è stato possibile celebrare le elezioni nel 2017 (la precedenti risalivano al 2015); e pertanto, accertata la sua limitata utilità, l'ipotesi di un'abrogazione, che riporterebbe il sistema a quanto statuito con il *Parliament Act 1911* restituendo vigore alla tradizionale *dissolution prerogative*. Per un'analisi critica v. R. Craig, *Zombie Prerogatives Should Remain Decently Buried: Replacing the Fixed-term Parliaments Act 2011 (Part 1) e (...) (Part.2)*, U.K. Const. L. Blog, <https://ukconstitutionallaw.org>, risp. (24th May Oct 2017) e (25th May 2017).

⁵ Tuttavia irrisolta resta peraltro la questione se questo classico strumento di democrazia partecipativa sia consultivo (*advisory*) o vincolante (*mandatory*), rispetto alla quale la posta in gioco resta la supremazia di un Parlamento che nel quadro della Brexit è drammaticamente condizionato dalle espressioni di una volontà popolare che si è trasformata in una decisione politica di carattere populista. Sugli effetti deformanti del voto che ha deciso a favore del recesso dall'Unione Europea aprendo il passo alla Brexit v. C. Martinelli (cur.), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Santarcangelo di Romagna, 2017. Numerose le trattazioni che affrontano il tema di questa particolare forma di sovranità, che è tipica della cultura inglese, e incidentalmente della sua crisi: tra queste cfr. J. Jowell, *Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis*, in *Public Law*, 4, 2006, 562 ss.; S. Lakin, *Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, 2008, 709 ss.; A.W. Bradley, in *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, in J. Jowell, D. Oliver (eds), *The Changing Constitution*, Oxford, 2011, 7^a ed., 25 ss.; V. Bogdanor in *Imprisoned by Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 2012, 171 ss.; M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, 2015. Per un ampio approfondimento dottrinale soccorre il classico volume di J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, 2001.

tuttora sottoponendo a una dura prova le tradizionali convenzioni costituzionali. Anche la Camera dei Pari veniva fatta rientrare nel contesto riformatore, compiendosi in tal modo un piccolo passo in avanti nella lenta ridefinizione dello *status* dei suoi componenti: l'*House of Lords Reform Act 1999* e quello del 2014 si impegnavano in tale direzione, rispettivamente restringendo la presenza in Parlamento delle antiche aristocrazie e consentendo ai Pari di dare le dimissioni o ritirarsi della vita politica: tuttavia la vera metamorfosi strutturale è ancora incompleta e una plurisecolare attesa (le prime istanze di modifica furono formulate nel tardo Settecento) è rimasta priva di risposta. Infine gli Atti di *devolution* introducevano nuove strutture istituzionali e coerenti meccanismi di loro formazione (metodi elettorali misti, organizzazioni parlamentari differenziate) e di governabilità (anche inediti, come nel peculiare *power-sharing* nordirlandese) nell'ampia sfera di una territorialità che mai era stata immaginata come basilare soggetto politico e costituzionale e che dal 1998 in poi, attraverso le legislazioni concernenti la Scozia, il Galles e l'Irlanda del Nord, era organizzata come luogo dell'organizzazione di grandi autonomie costituzionali da commisurare alle esigenze delle comunità civili ed eppure accomunate da sostanziali analogie organizzative nelle loro istituzioni. Prendeva forma in tale periodo la distinzione tra *old* e *new Constitution*, di cui certamente la prima era destinata a una severa revisione e la seconda solennizzata attraverso un attivismo modernizzatore dalla cui complessità emergeva l'urgenza che attraverso forme di *judicial review* anche la prerogativa, segnatamente nei suoi residui che erano fondati sull'esistenza di molti poteri non stabiliti per legge bensì per antica convenzione, e che riguardavano ampi settori pubblici come l'intero *civil service* (il pubblico impiego appartenente alla Corona) e la proprietà di ingenti parti del patrimonio nazionale, fosse sindacabile e, in ipotesi, fatta rientrare nel quadro della trasformazione. Si osservava a tale proposito, senza più le tradizionali reticenze dovute all'ossequio verso l'*establishment* monarchico-governativo e invocando una nuova funzione costituzionale delle Corti quali mediatrici del rapporto tra quest'ultimo e il Parlamento, che «*The mere fact that a power derives from the royal prerogative does not make it unreviewable*»⁶.

È con viva nostalgia che il costituzionalista odierno è indotto a guardare oggi in direzione del vasto programma riformatore in cui erano rientrati i menzionati Atti parlamentari (ed altri, compreso quello che nel 2005 ha istituito la *United Kingdom Supreme Court*), all'epoca realizzato allorché, secondo le prospettive quasi messianiche della “Terza Via” maturata nel periodo del conservatorismo post-thatcheriano⁷, sembrò che le sembianze democratiche del Regno Unito si avviassero verso un radicale rinnovamento fondato sul riavvicinamento tra società civile e Parlamento rappresentativo⁸. Questa nostalgia si rende più acuta se l'osservazione

⁶ Così D. Oliver, *Constitutional Reform in the UK*, Oxford, 2003, 93.

⁷ Il manifesto riformatore trova espressione, nelle sue ispirazioni meta-costituzionali, in A. Giddens, *The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, London, 1998 ove in particolare nel cap. *State and Civil Society*, 69 ss., trovava sviluppo la nozione di “Stato senza nemici”; v. anche A. Barnett, *This Time: Our Constitutional Revolution*, London, 1997.

⁸ Grandi speranze e valutazioni favorevoli, tra i molti, in V. Bogdanor, *Power and the People. A Guide to Constitutional Reform*, London, 1997; e, dopo le prime riforme, in D. Beetham, I.

si limita, come in un tipico *case study*, al solo periodo gennaio-settembre 2019, ovvero a un arco di tempo politico in cui prossimi alla ventina sono i disegni di legge che si pongono sotto l'egida del *withdrawal* dall'Unione Europea e ne affrontano le presunte conseguenze, ma il cui *iter* non è ancora concluso. Per quel che riguarda la restante attività legislativa, si verifica l'esistenza di una miriade di progetti di ristretta settorialità che di rado attengono al tessuto istituzionale del Paese (ma conviene tenere conto di un nuovo *bill* che prevede l'abbassamento a sedici anni dell'età elettorale). Nel mentre si avvicinano nel dibattito di entrambe le Camere dichiarazioni e relativi documenti recanti istruzioni governative che intendono preparare il Parlamento alla realizzazione del fatidico “*no deal*”, si accumulano un *European Union (Referendum on Withdrawal Agreement) Bill* che si proporrebbe di fermare lo slittamento verso un recesso incontrollato⁹, un paio di progetti di legge che contemplano la revoca del *withdrawal agreement* e giacciono anch'essi nello spazio morto del procedimento, e infine un nuovissimo disegno di legge di questo stesso genere che per la sua complessità e per l'intricato percorso che dovrebbe seguire ha già meritato un commento in cui si dedica particolare attenzione alle «*broader implications of the Bill's novel incorporation of a “parliamentary sovereignty” clause*»¹⁰. Quanto infine all'apporto dei costituzionalisti, aumentano i loro interventi che tentano di riannodare i fili del diritto pubblico che, ripetutamente spezzati nel periodo intercorso tra il referendum del 2016 e l'approssimarsi del 31 ottobre 2020 e, con esso, del minaccioso *no deal*, lasciano prevedere, in un quadro destabilizzato, un'intensificazione del ricorso governativo a poteri di prerogativa¹¹.

Byrne, P. Ngan, S. Weir, *Democracy under Blair: A Democratic Audit of the United Kingdom*, London, 2002, 2^aed.

⁹ L'ipotesi di un secondo referendum sulla Brexit, la cui concretizzazione di certo offrirebbe numerose occasioni di riflessione ai costituzionalisti, rientra fra le possibilità del momento: ne ha trattato, ma con diversi accenti critici, K. Murray, *Putting Parliament in Its Place: The Pro-Brexit, Democratic Case for a Second Referendum*, U.K. Const. L. Blog (26th July 2019).

¹⁰ L'elemento di particolare originalità che emerge da questo progetto di legge ora iscritto nell'agenda della Camera dei Comuni consiste nell'affidamento a una statuizione formale la garanzia di un principio, ovvero la sovranità del Parlamento, che non era mai stato oggetto di legislazione, bensì di un diffuso *understanding* di origine dottrinale; v. M. Gordon, *The European Union (Withdrawal Agreement) Bill: Parliamentary Sovereignty, Continuity and Novelty*, U.K. Const. L. Blog (22nd Oct 2019).

¹¹ La nuova letteratura britannica “della confusione” ha invariabilmente accompagnato le maggiori crisi costituzionali, autentiche o presunte, che si sono avvicinate da un secolo o poco più (conflitto interparlamentare del 1909-11, ingresso nella CEE, realizzazione della *devolution*) ed oggi può essere ben rappresentata dagli scritti di M. Flinders, *What a Mess! The Politics and Governance of the British Constitution*, Bristol, 2017, ove in particolare v. il capitolo *What Kind of Democracy Is This?*, 73 ss.; e i suoi attuali argomenti si possono desumere dal criticamente ricostruttivo *paper* di D. Halberstam, *EU Brexit Litigation: A Short Guide to the Perplexed*, U.K. Const. L. Blog (11th Oct 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>. Sono di molto interesse anche le osservazioni di A. Weale, nel contributo *Britain and the Improvised Constitution*, in B. Martill, U. Staiger (eds.), *Britain and Beyond: Rethinking the Futures of Europe*, London, 2018, 28 ss., in cui la fibrillazione costituzionale britannica è considerata come riflesso dell'inconsistenza della costituzione dell'Unione Europea e, nel clima della Brexit, causa di un ulteriore e grave alterazione degli squilibri continentali.

L'attuale entrata del Regno Unito in un periodo critico del suo costituzionalismo induce a considerare con nostalgia il periodo in cui un complessivo impegno riformatore aveva prodotto una serie di Atti parlamentari che, in un singolare ordinamento ove l'alea dell'evoluzione politica trasforma direttamente il dato costituzionale, riguardavano questioni inerenti ai numerosi aspetti di un persistente medievalismo che ancora innervava, con le sue obsolescenze, l'impianto complessivo della statualità, e che andavano ridimensionati o eliminati. Si trattava di strumenti della *statute law* che il riformatore, per lo più di ispirazione neolaburista (Gabinetti Blair e Brown) ma senza escludere un *tory* (Gabinetto Cameron) proveniente da una scuola politica certamente meno scadente dell'attuale dominata dai *brexiteers* radicali, aveva inserito in contesti che erano ancora condizionati nella loro funzionalità da molte classiche regole che erano proprie della cultura costituzionale di derivazione inglese. Ancora di fonte “non-statutaria” è la prerogativa nell'insieme delle potestà che comporta, e il cui materiale esercizio si è di fatto trasferito sotto l'egida del Primo ministro¹². Sinteticamente passati in rassegna i principali elementi di una trasformazione costituzionale che oggi confluisce nell'inquietante scenario aperto dalla Brexit, resta da considerare se ve ne siano alcuni ai quali, nell'incerto contesto che si è aperto nell'attuale storia della costituzione britannica, sia lecito attribuire una particolare efficacia performativa la cui valenza che sia tale da alterare in profondità le connessioni tra politica e costituzione che un tempo erano governate da intese e *understandings* condivisi, generalmente ricapitolati entro la categoria dei *concordats* e di quel convenzionalismo che da Dicey in poi è stato accolto tra i formanti della costituzione¹³. Se osservata da questo punto di vista, è plausibile che la questione della prerogativa – i cui elementi storici e costituzionali saranno considerati più attentamente nella parte finale di questo scritto – sarà tra le prime a richiedere l'intervento del legislatore e probabilmente anche alcuni degli *inherent powers* che vi sono inclusi ed oggi sono sotto il diretto controllo del Primo Ministro, potrebbero cadere sotto la sua scure.

3. Il binomio referendum-prerogativa al vaglio della Corte Suprema

Particolarmente eclatanti, se in particolare si osserva il ruolo che il voto popolare ha da ultimo ricoperto nel promuovere la caotica sequenza di accadimenti della Brexit, sono gli episodi referendari prodotti da fonti di *statute law* che hanno diffuso e, a quanto sembra, solidamente impiantato in un sistema costituzionale che

¹² Tratta della questione, con dovizia di esempi, M. Cohn nel saggio *Medieval Chains, Invisible Inks: On Non-Statutory Powers of the Executive*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 2005, 97 ss.

¹³ Su cui v. l'ampio saggio di R. Rawlings, *Concordats of the Constitution*, in *The Law Quarterly Review*, 1, 2000, 57 ss., ove queste intese, che si suppongono originate da classici *gentlemen's agreements*, vengono fatte rientrare in una sfera estremamente ricca di sfumature e, pertanto, accessibile a pochi. Ancora più su tale argomento si rivela attuale la lezione di T.R.S. Allan, nella sezione *Law, Convention and Prerogative*, in *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitution*, Oxford, 1993, 237 ss. (ad illustrazione dei principi che regolano la giurisdizione della Corte Suprema canadese in relazione alle fonti del diritto inglese).

ancora, ma invero con un'aporia essenziale che è lasciata in sospeso¹⁴ e sul cui merito la Corte Suprema ben si è guardata dall'intervenire, intenderebbe fondarsi sul primato della rappresentanza parlamentare. Nel Regno Unito la democrazia diretta nella sua forma referendaria si è più volte riproposta attraverso statuizioni che sono state elaborate *ad hoc*¹⁵ e la cui promozione, soprattutto nei casi più recenti (riforma elettorale, indipendenza scozzese e recesso dall'Unione Europea) così come nelle prime consultazioni del 1975 e del 1979, è stata dettata non da precise esigenze di ordine costituzionale bensì da contingenze politiche che gli Esecutivi di turno, in regime di coalizione o di mera guida conservatrice, hanno percepito come problematiche e di difficile soluzione se affrontate con i convenzionali strumenti di una decisione politica basata su solidi allineamenti di partito. Non adeguatamente controllabile mediante i canoni di una tradizione che nonostante le molte consultazioni effettuate non si può considerare stabilizzata, il referendum sulla Brexit ha suscitato l'azione di potenti contropoteri che hanno posto a dura prova la dogmatica della supremazia parlamentare e all'Esecutivo *tory*, alleato per l'occasione con uno schieramento sovranista, ha consentito di enfatizzare il primato della volontà popolare e un supplemento potestativo che oggi sfugge a ogni controllo e tende a rappresentarsi come autoreferenziale. Se la legge scritta è stata posta a base della democrazia referendaria, trascurando tuttavia di includere il referendum tra gli istituti permanenti dell'ordinamento e pertanto omettendo di renderlo una componente sistemica della costituzione, per altro verso ha attribuito al voto popolare effetti che nel 2011 avrebbero potuto modificare il metodo elettorale¹⁶ o, come nel 2014, dare luogo a un grave dissesto costituzionale¹⁷ ponendo

¹⁴ Cfr. M. Elliott, *United Kingdom: Parliamentary Sovereignty under Pressure*, in *International Journal of Constitutional Law*, n.4, 2004, 545 ss.; con analoghe immagini ectoplasmatiche v. N.W. Barber, *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2011, 144 ss. e A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in questa *Rivista*, numero speciale 2019, 745 ss. Per ricapitolare diverse chiavi di lettura v. M. Johnson, *The Models of Parliamentary Sovereignty*, <https://legel-research.blogs.bris.ac.uk/2018/12/>. Si segnalano inoltre, anche sotto il profilo di una analogica rievocazione storica avente riguardo all'uso della prerogativa, le ottimamente argomentate osservazioni di G. Clément, *“Roundheads vs Cavaliers”: The British Constitution and Parliamentary Sovereignty in the Face of Brexit*, in *Observatoire de la société britannique*, Numero speciale *The United Kingdom of Theresa May*, 21, 2018, 35 ss.

¹⁵ Nel Regno Unito il ricorso al referendum, nonostante allarmate ammonizioni (cfr. K. O'Hara, *The Referendum Roundabout*, Exeter, Imprinting Academic, 2006) e molti inviti a considerarne criticamente l'occasionalità normativa, si sottrae a una regolazione che ne fissi l'applicazione in via generale. Sulla varietà della fenomenologia referendaria v. i molti saggi e le ampie bibliografie in A. Torre, J.O. Frosini (cur.), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012; qui in particolare v. P. Leyland, *The Case for the Constitutional Regulation of Referendums in the UK*, 125 ss., il quale parla esplicitamente dell'assenza di regole costituzionali che diano ordine alla materia referendaria.

¹⁶ Su questa consultazione popolare, che è stato il prodotto di un mero compromesso all'interno del Gabinetto di coalizione Cameron-Clegg del 2010-15, v. C. Martinelli, *Molto rumore per nulla, ovvero il referendum elettorale nel Regno Unito*, in A. Torre, J.O. Frosini (cur.), *Democrazia rappresentativa e referendum...*, cit., 375 ss.

¹⁷ Su questo serio rischio v. A. Torre, *Una costituzione sotto stress: riflessioni sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, in *Rivista AIC*, 2, 2017.

fine all'integrità del regno, e che oggi rischiano di dissociare irreversibilmente il Regno Unito dal sodalizio europeo. Il risultato è che l'asistematicità legislativa che ha sovrapposto un voto popolare che, oltremodo enfatizzato nella sua autorità che di fatto si impone sulla decisione parlamentare, si sta proponendo come un pessimo erede del *people's veto* di concezione diceyana e, creando un orientamento che di fatto è eccessivamente propizio a limitazioni governative dell'autorità del Parlamento, altera a tutto favore dell'Esecutivo l'equilibrio dei fondamentali poteri politici¹⁸. Semplificando: la frequenza con cui referendum apparentemente “consulativi” sono stati indetti per decidere concretamente sull'attuazione di importanti riforme (*devolution*, metodo elettorale) o di svolte significative per l'intero Paese (adesione alla CEE, Brexit), mai prevista in statuizioni di portata generale, può anch'essa ritenersi come il prodotto di intese politiche e meriterà anch'essa la cura del legislatore-codificatore costituzionale.

In questo grande scenario entra inoltre, e a pieno titolo, il *Constitutional Reform Act 2005* con cui il riformatore neolaburista si era proposto di garantire quella separazione dei poteri che nel Regno Unito, pur mai essendo aprioristicamente rifiutata per quanto concerne il collegamento a Westminster tra Parlamento e Governo, tant'è vero che numerosi costituzionalisti l'hanno inclusa tra i principi basilari dell'ordinamento¹⁹, ancora risultava irrisolta nel caso del potere giudiziario. Senza alcun dubbio il costituzionalismo classico fondato da Dicey e confermato da tutti i suoi continuatori (ovvero dalla componente dominante della cultura giuspubblicistica britannica dal Novecento a oggi) considerava l'indipendenza delle Corti come un pilastro dell'ordine costituzionale degno di porsi a fianco della sovranità del Parlamento, e purtuttavia questo principio necessitava di un'ulteriore e definitiva conferma che in qualche misura rendesse il moderno costituzionalismo britannico più credibile agli occhi dell'Unione Europea. Questo obiettivo era pertanto legislativamente realizzato sia trasferendo il *patronage*, ovvero il congegno di prerogativa che sovrintendeva alle nomine dei giudici e il cui uso storicamente rientrava nella potestà del Lord Cancelliere (da secoli al vertice del Giudiziario e nel contempo presidente della Camera dei Pari e autorevole membro dell'Esecutivo), dalla dimensione governativa a quella di una commissione indipendente appositamente istituita. Inoltre la riforma modificava i criteri di selezione dei giudici senza tuttavia annullare del tutto la possibilità di un *advice* governativo sui nomi dei designati, residuo di un potere comunque esercitato attraverso il

¹⁸ Tale è uno stato di cose non meramente britannico, come si legge in chiave comparativa in D.J. Galligan, *The Sovereign Deficit of Modern Constitutions*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, 2°13, 703 ss.: l'enfaticizzazione della democrazia diretta, la delegazione legislativa, le pressioni autodeterminative e l'estensione dell'attività governativa ne sono le principali cause e manifestazioni.

¹⁹ Con eccezione di pochi, tra cui conviene rammentare il Walter Bagehot che nel 1867 diede alle stampe *The English Constitution* e secondo il quale alla separazione, evidentemente da lui considerata un fumoso lascito illuministico il cui effetto era la disaggregazione, e con essa l'indebolimento della potestà governativa («*weakens the whole aggregate force of government*»), andava contrapposta la *fusion* tra poteri risolta a tutto favore dell'Esecutivo e, si può dedurre, della *premiership*. Ma Bagehot non era propriamente un costituzionalista: Dicey lo qualificava come un *political scientist*.

Cancelliere²⁰. Tuttavia la maggiore innovazione costituzionale emergente dall'Atto del 2005 va ravvisata nell'istituzione della Corte Suprema del Regno Unito, nuovo collegio giudicante che in origine è stato formato trasferendovi in blocco i *Law Lords* (più propriamente, i *Lords of Appeal in Ordinary*); a molti di questi, andando in pensione, sono gradualmente subentrati giudici selezionati con il procedimento indipendente. Come di solito avviene in presenza di riforme di gran rilievo, la novità istituzionale non manca di punti che più o meno esplicitamente rievocano elementi di tradizione²¹: tuttavia se la decisione di dare vita a una Corte Suprema sembra affondare alcune sue radici nella storia pregressa per via della sua funzione di appello dalle Corti del regno e dalla continuità metodologica con la giustizia un tempo esercitata nell'*Appellate Committee* della Camera alta, il suo carattere di originalità nel campo della *adjudication* non ha tardato a manifestarsi con una forza che ha oltrepassato le aspettative del riformatore.

L'attività della Corte Suprema va oggi apprezzata alla luce della duplice controversia costituzionale provocata dalla reiterata distorsione dell'uso governativo della prerogativa regia che stata messa a nudo attraverso le due sentenze *Miller*²².

²⁰ E per questo motivo, onde evitare che questa interferenza governativa riacquisti uno spazio significativo, non sono mancate proposte di potenziamento del ruolo del Parlamento nel processo di selezione, come ipotizzava A.L. Horne nel *paper* n.3 dello *Study of Parliament Group, Is There a Case for Greater Legislative Involvement in the Judicial Appointment Process*, London, 2014. Sulle condizioni selettive che in qualche misura limiterebbero l'autonomia della Corte Suprema v. l'intervento critico di R. Masterman, *A Supreme Court for the United Kingdom: Two Steps Forward, but One Step Back on Judicial Independence* in *Public Law*, 1, 2004, 48-58.

²¹ Fornendo abbondante materia per una sua configurazione come organo di fisionomia composita, come si può evincere da W. Arnold, *The Supreme Court of the United Kingdom: "Something Old" and "Something New"*, in *Commonwealth Law Bulletin*, 3, 2010, 443 ss., e G. Drewry nel saggio *The UK Supreme Court – A Fine New Vintage, or Just a Smart New Label on a Dusty Old Bottle?*, in *International Journal for Court Administration*, April 2011, 20 ss. Ma, prima ancora, v. A. Torre, *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, in *Giornale di storia costituzionale*, 1, 2006, 259 ss.

²² Fin dalla nascita della Corte Suprema è stato previsto senza troppe esitazioni, da chi scrive, che questo alto collegio all'epoca formato da tutti i *Law Lords* sedenti nella Camera alta avrebbe esteso il campo di azione della sua *adjudication* verso casi di peculiare fisionomia costituzionale la cui connotazione emergeva contestualmente dall'Atto del 2005 (tali i *devolution cases*) e dai contenuti dei ricorsi provenienti dalle Alte Corti delle diverse parti del regno (casi inerenti a diritti fondamentali, sistematicamente scrutinati a norma della CEDU: v. in argomento B. Dickson, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford, 2013), di fatto qualificandolo come una corte costituzionale: A. Torre, *Regno Unito: giustizia costituzionale e comparazione in un paese "senza costituzione"*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (cur.), Napoli, 2006, 167 ss.; e *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 317 ss. Del resto l'intervento delle due sentenze che nello scenario della Brexit hanno affrontato con autorità il conflitto tra poteri emerso tra Parlamento ed Esecutivo conferma tale assunto e definisce la fisionomia della Corte Suprema (sulla prima decisione *Miller* v. A. Torre, P. Martino, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel triennio 2015-2016-2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.6, 2018, 2910 ss., e in particolare 2954 ss.; prossimamente sulla sentenza *Miller-Cherry* si leggerà l'analisi del biennio 2018-2019, in via di scrittura per la medesima *Rivista*). Del resto tali previsioni trovavano conforto, prima ancora che la Corte Suprema iniziasse la sua attività, in D. Woodhouse, *The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court*, in *Legal Studies*, n.1/2, 2004, 134 ss., e in A.W. Bradley, *The Supreme Court of*

La grave aggressione mediatica compiuta da *brexiteers* radicali nei confronti dei giudici della *High Court* di Londra, che nel novembre 2016 avevano deciso dichiarando la fondamentale illegittimità della pretesa dell'Esecutivo May di fare uso della prerogativa per l'invio alle istituzioni europee della dichiarazione di recesso ex art.50 del Trattato istitutivo dell'UE²³, non si ripeteva nei confronti della Corte Suprema allorché dopo breve tempo erano gli stessi suoi giudici a dichiarare illegittima l'opzione ministeriale. Con ciò si confermava sia che la sovranità parlamentare e con essa l'osservanza della *rule of law* sono da considerarsi come due cardini dell'intero sistema costituzionale, sia che l'evocazione governativa della prerogativa regia come mezzo per aprire il procedimento di recesso dall'Unione Europea è una usurpazione²⁴. A ciò si può aggiungere che l'assenza di ogni nuova aggressione mediatica nei riguardi di una Corte Suprema anche aveva confermato la posizione era un segno alquanto evidente dell'autorevolezza riconosciuta ai suoi giudici. Se la si valuta sotto questo aspetto, la notificazione ex art.50 (giudicata illegittima dalla Corte Suprema), che fu in origine concepita pretendendo che l'arcaico potere di prerogativa che un tempo era proprio della Corona fosse definitivamente entrato nella piena disponibilità dell'Esecutivo, era interpretabile ben più che alla stregua di atto *ultra vires* di amministrazione, bensì quale grave violazione della sovranità del Parlamento e di norme di comportamento che di certo sono “non scritte”, ma non meno eticamente codificate poiché rientranti nella categoria diceyana della “moralità costituzionale”: sotto questo profilo, la pronuncia *Miller* della Corte Suprema ha prodotto un impatto costituzionale tra i più fondamentali nella storia del Giudiziario britannico, e il suo intervento nel contesto della Brexit ne ha considerevolmente amplificato le potenzialità quale nuova “corte della costituzione”²⁵. Più di recente, l'evocazione dell'*ultra vires* è stato un argomento basilare per la Corte Suprema: nella decisione *Miller 2*, giudicandosi la condotta del Primo Ministro nel quadro della vicenda della *prorogation* del settembre 2019, è stato duramente stigmatizzato lo sviamento di potere compiuto nel prestare il proprio

the United Kingdom – Towards a British “Constitutional” Adjudication?, relazione al Colloquio costituzionalistico italo-britannico del Devolution Club, 10 aprile 2008, inedita.

²³ Ancora oggi c'è chi sottolinea senza mezzi termini l'incostituzionalità usurpativa di tale atto governativo; forti rilievi critici riguardano anche atti di successiva emanazione che ne sono derivati quale l'*European Union (Withdrawal) (n°2) Act 2019*, come si legge in M. Detmold, *The Unconstitutional Brexit Letter*, U.K. Const. L. Blog (20th Sept 2019), <https://ukconstitutional-law.org>. All'indomani della sentenza, i tre giudici della *High Court* furono segnalati su un *tabloid* sostenitore della Brexit come “*enemies of the people*”, e ancora oggi non mancano rilievi che criticano aspramente i magistrati della Corte Suprema accusandoli, nella decisione *Cherry-Miller*, di avere agito in a «*partisan fashion*» contro i legittimi interessi del popolo britannico: così in D. Nicol, *Supreme Court Against the People*, U.K. Const. L. Blog (25th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>.

²⁴ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant* [2017] UKSC 5, sez.152. Per una analisi molto approfondita v. M. Elliott, A. Young, J. Williams (eds.), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, Oxford, 2018.

²⁵ Questa prospettiva emerge, in varie forme, dal contributo di A.L. Young, *Miller and the Future of Constitutional Adjudication*, *ibidem*, 277 ss.

ingannevole *advice* alla Regina per ottenere, fidando ancora una volta nella prerogativa, uno strumentale *Order in Council* di sospensione dell'attività parlamentare che per un lungo periodo di cinque settimane avrebbe neutralizzato un'attività della Camera dei Comuni che si prevedeva alquanto ostile nei riguardi dell'eventualità del *no deal*²⁶.

Con ciò, avendo inserito il suo giudizio nel punto focale della vicenda della Brexit, la Corte Suprema si confermava come autorità costituzionale di indiscutibile prestigio. Nondimeno, l'immagine che oggi il Regno Unito restituisce all'osservatore continentale è quella di un sistema di governo che, nonostante di rado sia stato messo in discussione il suo culturale radicamento in un substrato storico di antica fattura e sedimentato attraverso le epoche, è percorso dai numerosi elementi di una trasformazione che pervade numerosi settori del suo ordinamento. Sebbene la presente attività riformatrice del Parlamento stia attraversando una fase di relativa stasi, questa trasformazione è un evidente realtà la cui origine vede prevalere oltre certi limiti, e con una rapidità molto accentuata e a tratti disordinata (si pensi all'influenza del populismo euroscettico che sta molto contribuendo alla volatilità del classico sistema di partito) il mutevole canone della "costituzione politica"²⁷ su quello dei suoi classici principi ordinatori. A causa della Brexit questo sistema è entrato in uno stato di conflittualità che sta mettendo a dura prova i dogmatismi tradizionali e li frammenta: tra questi il principale terreno di scontro è nella sovranità del Parlamento che, sebbene sia stata ribadita con argomenti inequivocabili nella decisione *Miller* della Corte Suprema, è entrata in un rapporto fortemente dialettico con un potere esecutivo singolarmente privo di freni. Nel complesso la sintetica rassegna, fin qui proposta, degli interventi legislativi che si sono collocati nell'ultimo ventennio dimostra l'esistenza di sintomi molto evidenti di una tensione che si vede orientata nel senso della ricerca di un impianto più razionale dell'organizzazione del potere, in cui la prospettiva della scrittura costituzionale sembra trovare un'accoglienza più favorevole che in passato.

²⁶ Nella misura in cui la portata di questa decisione si è estesa verso l'abuso governativo dell'attività di *delegated legislation*, sono stati aggiunti ulteriori argomenti all'azione della Corte Suprema quale garante dei *checks and balances* costituzionali, come rileva J. King, *Miller/Cherry and Remedies for Ultra Vires Delegated Legislation*, U.K.Const. L. Blog (19th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>. Di fatto l'operazione della *prorogation* del 2019 ricade politicamente sotto la responsabilità del Primo Ministro; la legittimità della cui azione che ha attivato la prerogativa sottopone a dure prova l'ordine costituzionale e potrebbe trovare una lontana giustificazione nell'eccezionalità politica del momento, come emerge dalla riflessione di A. Fowles, in *Can the Prime Minister Prorogue Parliament to Deliver a No Deal Brexit?*, in U.K. Const. L. Blog (12th July 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>.

²⁷ Su cui, nella fase avanzata del riformismo neolaburista, si interrogavano avendo come riferimento della loro lettura il dualismo tra normatività costituzionale e processo politico G. Gee, G.N.C. Webber nel saggio *What Is a Political Constitution?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 2010, 273 ss. Secondo M. Loughlin, il diritto costituzionale è la "terza dimensione" della politica, come si legge nel suo contributo *Constitutional Law: the Third Order of the Political*, in N. Banforth, P. Leyland (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, 2003, 27 ss.

4. Costituzione-convenzione e costituzione-normazione: urgente codificare

Il dibattito sulla prerogativa regia e sul ricorso ad essa di cui i due ultimi Primi Ministri conservatori, Theresa May e l'odierno Boris Johnson, hanno inteso avvalersi per dare avvio al procedimento di Brexit – la prima – ed accelerarlo – il secondo – induce ad affrontare la questione della trasformazione costituzionale con una peculiare chiave di lettura in cui il dualismo tra costituzione-convenzione e costituzione-normazione acquista una posizione di particolare rilievo.

Da diverso tempo la consapevolezza delle proporzioni assunte da situazioni di incertezza applicativa nel quadro di alcune basilari relazioni costituzionali regolate, in particolare tra Parlamento e Governo, attraverso regole convenzionali, ha acuito la sensibilità di diversi giuristi britannici verso l'ipotesi della scrittura di una Carta fondamentale²⁸. A questa prospettiva si legava l'importanza attribuita al consolidamento ordinamentale di un sistema in cui, negli anni del *post-welfare* laburista e del lungo periodo di connotazione thatcheriana, si era fatta strada l'alea-torietà di alcune connessioni tra *premiership* e Legislativo tra cui era incuneato un uso governativo della prerogativa mai esplicitamente enunciato ma molto efficace sotto il profilo delle relazioni inter-istituzionali. Un'alternativa a tale situazione, che era denunciata da osservatori di diverse tendenze ma egualmente vigili sui sintomi di un cambiamento tanto indesiderato quanto più risultava orientato nel senso della fattuale subordinazione della sovranità parlamentare, da un lato, agli impulsi provenienti da un ordine sociale non più adeguatamente interpretato dalla rappresentanza²⁹; e, dall'altro lato, alla supremazia di un Esecutivo “presidenzializzato”³⁰, era intravista nell'introduzione anche nel Regno Unito di una costituzione scritta. Che questa scrittura fosse intesa come analoga a quelle esistenti in pressoché tutti gli Stati del globo (ivi compresi quelli dell'area di *common law* che alla rigidità dei precetti costituzionali attribuiscono un senso non inferiore a quello riconoscibile in costituzioni di altri mondi giuridici), o che almeno trovasse forma concreta in una codificazione dei settori più nevralgici del sistema, era una pure questione di orientamento culturale e di opzione metodologica.

²⁸ Numerosi scritti in argomento, per una cui sintesi problematica v. G. Parry, *Finer's Sixth Constitution: The Continuing Debate on a Written Document for Britain*, in *Government and Opposition*, 5, 1994, 662 ss.; e A. McHarg, *Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law*, in *The Modern Law Review*, 6, 2008, 853 ss.

²⁹ Tra le più lucide analisi di questo stato di cose, che in qualche modo si poteva considerare prodromico allo sviluppo del thatcherismo, v. J.J. Richardson, A.G. Jordan, *Governing under Pressure: The Policy Process in a Post-Parliamentary Democracy*, Oxford, 1979; per un'analisi più aggiornata dell'odierno malessere della rappresentanza parlamentare v. D. Judge, *Democratic Incongruities. Representative Democracy in Britain*, Basingstoke, 2014.

³⁰ La questione è di lungo corso. Una articolata ricostruzione dell'evoluzione, più che del concetto di presidenzializzazione, della sua graduale, concreta affermazione attraverso l'accentuazione di alcuni tratti delle figure primo-ministeriali succedutesi nel secondo dopoguerra fino al periodo thatcheriano, è in S. Pryce, *Presidentializing the Premiership*, Basingstoke, 1997: puntuali le osservazioni in K. Dowding, *The Prime Ministerialisation of the British Prime Minister*, in *Parliamentary Affairs*, 3, 2013, 617 ss.

Come un tempo volle Jeremy Bentham iniziando nel 1822 la laboriosa stesura del suo *Constitutional Code*³¹, l'obiettivo dei nuovi sostenitori britannici della scrittura della costituzione consiste, oltre che nel rendere accessibili alla comprensione generale taluni *arcana imperii* che risultano ancora riservati all'azione delle élites politiche (e in tal modo contribuire alla riduzione di quel divario tra politica e sentimento popolare di cui si sono spesso resi consapevoli i governanti degli ultimi decenni, ma invero senza realizzare visibili risultati a meno di cadere nella trappola populista), mettere ordine in un convenzionalismo che in taluni frangenti, venendo meno le tradizionali regole di *fair play* politico, risultava eccessivamente condizionato dall'esistenza di frammentari retaggi del passato. Sotto questo profilo, molti spazi di una tradizione applicativa che non di rado risultava di incerto riconoscimento, erano colmati da un decisionismo governativo spesso propenso a oltrepassare quei confini della propria responsabilità amministrativa che di solito erano regolati da regole di correttezza costituzionale³²: così, per esempio, nelle disequilibrate relazioni correnti, talvolta a fasi alterne, tra il governo guidato da un Primo ministro *leader* del proprio partito e il Parlamento sede rappresentativa di una sovranità basata sulla rappresentanza, o tra l'Esecutivo centrale e le diverse parti territoriali del Paese in cui, a partire dal prototipo scozzese, si stavano delineando nuove costruzioni istituzionali che si ponevano in alternativa al modello della *English constitution*³³. Nell'odierno contesto costituzionale, affinché la *rule of law* sia definitivamente messa al riparo da incursioni governative e la supremazia del Parlamento sia restaurata (è trasparente oggi la reazione nei riguardi delle pretese di esercizio della prerogativa) e con ciò al procedere costituzionale siano restituite più riconoscibili condizioni di linearità, oltre a quanto già lo Corte

³¹ Rimasto incompiuto con la morte dell'autore (1832, anno del *Great Reform Act*) e reso di pubblico dominio nei *Collected Works of Jeremy Bentham* curati da J. Bowring, Edinburgh/London, 1843, l'ambizioso scritto si ripartiva in sezioni che illustravano i diversi scopi della scrittura costituzionale: *enactive* (normativo), *expositive* (didattico), *instructional* (redazionale), *ratiocinative* (illustrativo) e *exemplificative* (orientativo), ma non codificava una costituzione britannica illustrando bensì metodo e finalità per un uso generale. Su tale opera benthamiana v. tra i molti, F. Rosen *Jeremy Bentham and Representative Democracy*, Oxford, 1983.

³² Critiche in argomento le osservazioni di V. Bogdanor nel saggio *Ministers, Civil Servants and the Constitution*, in *Government and Opposition*, 5, 2014, 676 ss.

³³ Questi tipi di conflitti, prevalentemente relativi alla questione irlandese, approdavano tradizionalmente al Consiglio privato della Corona; dal 2005 tale giudizio è proprio della Corte Suprema competente per i *devolution cases*. Sul vivace dibattito inerente alla *constitution writing* nella cultura giuridica scozzese, a cui la devoluzione ha impresso un significativo impulso, v. J. McFadden, D. McFadzean, *Scottish Administrative Law Essentials*, Edinburgh, 2006, ove in particolare si veda il capitolo introduttivo *Doctrines of the Constitution*, 5 ss. D'altra parte, la stessa Corte Suprema, spesso indicando lo *Scotland Act 1998* come riferimento per il proprio *judicial review* dei casi di *devolution* portati alla sua conoscenza da tale area, ha contribuito a definirlo come normativa-parametro, come sostenuto anche da B.K. Winetrobe in *Enacting Scotland's "Written Constitution": The Scotland Act 1998*, in *Parliamentary History*, 1, 2011, 85 ss. Che la Scozia sia la *constituent part* del Regno Unito più titolata a vantare una peculiarità costituzionale si può evincere dai saggi raccolti in C. Martinelli (cur.), *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, 2016, ove sul ruolo della Corte Suprema in relazione ai casi scozzesi e all'individuazione di distinti parametri costituzionali normativamente definiti v. P. Martino, *La Scozia nella giurisprudenza della Supreme Court of the United Kingdom*, 145 ss.

Suprema ha fatto per restituire affidabilità al sistema di “freni e contrappesi” tra le due istituzioni politiche³⁴, si sta viepiù diffondendo tra diversi costituzionalisti del Regno Unito una maggiore propensione a mettere in discussione la natura di un sistema istituzionale che la vulgata suole ancora definire ricorrendo all'icona culturale della *unwritten constitution*, ma a volte ignorandovi l'evidenza di alcune gravi cesure e degli squilibri che ne possono derivare, come appunto nel caso del tentativo di *prorogation* parlamentare del settembre 2019³⁵.

Per chi ha importanti responsabilità di governo un corretto orientamento entro il dualismo “scrittura-non scrittura” della costituzione britannica richiede tuttavia, laddove non esistono regole scritte e ci si affida a usi e convenzioni, cospicue dosi di un autocontrollo dettato dal senso comune e da una basilare lealtà istituzionale che, in presenza di eventi che stiano evolvendo i renda oltremodo problematico per i disegni maggioritari possono risultare cedevoli al realismo politico³⁶, e che nell'odierna stagione sembrano essersi dissolte. Per tale motivo si può essere indotti a pensare che entro la cornice del nuovo dibattito sulla codificazione costituzionale, che è invocata da chi ritiene ormai desueto l'affidamento di fondamentali equilibri politico-istituzionali a regole diventate aleatorie o, in alternativa, a norme rigidamente codificate, sembra riprodursi la classica categoria hobbesiana che pone l'obbligazione politica alla base della formazione del potere: da un lato, se privata attraverso la scrittura integrale, di quelli che Dicey individuava come *understandings* o intese, la nuda codificazione costituzionale rischia di essere considerata oppressiva; d'altra parte, la difesa della totale flessibilità e della non scrittura lascia intravedere un regresso del sistema verso una sorta di stato di natura in cui sia vigente il diritto del più forte. Tali sono le due consapevolezza che un tempo erano sorte nel contesto del thatcherismo e che oggi innervano la grande controversia della Brexit dando argomenti a chi sostiene progetti di scrittura costituzionale. D'altro canto, sembra proprio che la stessa scrittura della

³⁴ Tra le molte, una recente *laudatio* di questo ruolo di regolazione costituzionale esercitato dalla Corte Suprema è in J.S. Caird, *The Supreme Court and Parliament: The Constitutional Status of Checks and Balances*, U.K. Const. L. Blog (27th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>.

³⁵ Dalla miriade di interventi apparsi sul *blog* telematico della *UK Constitutional Law Association*, questa vicenda connessa al governativo ricorso alla prerogativa può essere commentata in sintesi attraverso una selezione dei più significativi che si segnalano nella loro frenetica successione cronologica: P. Craig, *Prorogation: Three Assumptions*, U.K. Const. L. Blog (10th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>; A. Greene, *Our Constitution, Accountability and the Limits of the Power to Prorogue*, *ibidem*, (26th Sept. 2019); M. Gordon, *The Prorogation Case and the Political Constitution*, *ibidem* (30th Sept. 2019); V. infine anche i *papers* di M. Elliott, *Prorogation and Justiciability: Some Thoughts Ahead of the Cherry/Miller (N°2) Case in the Supreme Court*, in *Public Law for Everyone*, 12 Sept. 2019, <https://publiclawforeveryone.com/2019/09/12/>; e di S. Tierney, *Prorogation and the Courts: Some Thoughts Ahead of the Cherry/Miller (N°2) Case in the Supreme Court*, U.K. Const. L. Blog (13th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>.

³⁶ È tale l'argomento a cui è dato sviluppo in M.S.R. Palmer, *Using Constitutional Realism to Identify the Complete Constitution: Lessons from an Unwritten Constitution*, in *The American Journal of Legal Studies*, 3, 2006, 587 ss., in cui, con chiavi di lettura in gran parte adattabili al caso britannico, si tratta della costituzione della Nuova Zelanda che quanto a non codificazione ricalca quella dell'ordinamento del Regno Unito.

costituzione, proposta da alcuni emuli di Bentham come risolutiva³⁷, non possa sostituire completamente il diritto non scritto a meno di rinnegare il substrato culturale che tradizionalmente disciplina forme e pratiche dell'agire costituzionale. Più probabilmente la via del consolidamento costituzionale, se riconosciuto come una necessità storica, potrà trovare migliore espressione non in un'operazione di scrittura integrale, bensì nella produzione di nuovi Atti organici e di settore che si aggiungano a quelli che già in diversi momenti sono stati introdotti con le diverse riforme attuate a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, nonché con il contributo dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte Suprema³⁸. A questo proposito resta da chiarire se una generale codificazione delle regole costituzionali o, ancora più una loro totale scrittura, contribuisca effettivamente a realizzare l'operazione di scongelamento ordinamentale che da alcuni è auspicata per dare fluidità a quegli ampi spazi di diritto costituzionale che non è scritto ma formalizzato attraverso applicazioni o prassi percepibili come consuete e informate a un peculiare tradizionalismo, e che ciononostante, come nel caso dell'uso della prerogativa da parte degli ultimi ministeri retti dai *tory*, si espongono a interpretazioni soggettive e a giudizi di incostituzionalità³⁹). Se si presta fede a un'opinione non meno immaginativa che intravede la medesima prospettiva⁴⁰, scopo di un ulteriore impegno di codificazione del dettato costituzionale dovrebbe essere l'eliminazione dei principali "buchi neri" di cui l'ordinamento è cosparso, che in determinate contingenze quale la Brexit attraggono nel caos norme o condotte politiche che un tempo si

³⁷ E non senza sfumature che possono essere percepite come particolarmente ottimistiche, come in A. Blick, *The Merits of a Written Constitution*, in *Judicial Review*, 1, 2016, 1 ss.; e B. Ackerman, *Why Britain Needs a Written Constitution – and Can't Wait for Parliament to Write One*, in *Political Quarterly*, 4, 2018, 584 ss. Si aggiungano R. Blackburn, *Enacting a Written Constitution for the United Kingdom*, in *Statute Law Review*, 1, 2015, 1 ss.; e il più recente B. Dickson, *Writing the United Kingdom Constitution*, Manchester, 2019.

³⁸ La questione è dibattuta da molto tempo; su questo punto numerosi, a partire soprattutto dagli anni Ottanta dello scorso secolo, sono stati i costituzionalisti che hanno aggiunto argomenti a favore dell'ipotesi di una normazione costituzionale che trovi un'artefice nell'alta giurisdizione, ma non sempre raggiungendo risultati tra loro coerenti. Di recente l'azione giurisdizionale della Corte Suprema, e in particolare il suo ruolo nell'ampia vicenda della Brexit, è stata considerata come un elemento fondativo di un plausibile progetto di costituzione scritta: così si esprime S. Payne, *The Supreme Court and the Miller Case: More Reasons Why the UK Needs a Written Constitution*, in *The Round Table. The Commonwealth Journal of International Affairs*, 2018.

³⁹ Questa rappresentazione della problematica emerge chiaramente dal contributo di A. Georgopoulos, *The Melting of Constitutional "Glaciers": Miller 2 and the Prerogative Powers of Government*, U.K. Const. L. Blog (30th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>: qui degli elementi mai codificati, e in primo luogo della prerogativa, si enfatizza una glaciale rigidità che, in presenza di situazioni inedite quale, appunto, quella aperta dalla Brexit, oltrepassa i limiti della correttezza costituzionale.

⁴⁰ Di cui si dà sviluppo in A. Greene, *Miller 2. Non-justiciability and the Danger of Legal Black Holes*, *ibidem* (13th Sept.), che individua una serie di contenuti di oscura definizione nell'intero assetto dei poteri politici, come per esempio la prerogativa, che si sottraggono al sindacato delle Corti e rendono diversi aspetti della vita pubblica non regolabili in termini di *rule of law* o che, in caso di loro sottoposizione ne connotano come invasiva l'attività di *judicial review*. Entrambe tuttavia hanno come base comune la riflessione aperta dalla Corte Suprema.

effettuavano ordinatamente, in tal modo compromettendo sia le loro concrete applicazioni, sia l'affidabilità delle autorità di governo di fronte al Paese.

Oltre che nel referendum di recente configurazione populista di cui a gran voce folle di manifestanti chiedono oggi una seconda convocazione, è nella dimensione della prerogativa che si forma un blocco contenutistico di oscura definizione e, almeno nel diritto antico, tendenzialmente omnicomprensivo. In quanto formalmente attinente alla potestà della Corona e di sua esclusiva pertinenza, quella che d'ora dovrebbe essere citata come prerogativa regia risulta sottratta al sindacato delle Corti e pertanto non direttamente conoscibile attraverso la classica *rule of law*. Nondimeno, attualmente un nuovo punto di partenza della riflessione che la riguarda è offerto da quanto è emerso dalle due decisioni *Miller* di una Corte Suprema che, pur rendendone inefficaci le applicazioni pretese dal Primo Ministro di turno, ben si è guardata dall'entrare a contatto diretto con tale categoria costituzionale. Su tale base, e muovendo a ritroso, una ricostruzione del senso costituzionale della prerogativa può essere utile per verificare in qual modo e in quale misura l'istituto possa essere oggi modificato, o almeno razionalizzato senza che un intervento che ne limiti portata e applicazioni comporti un delitto di lesa maestà. Di certo a questo proposito, sebbene sia alquanto immaginabile che molte saranno le voci contrarie secondo le quali qualsiasi codificazione della prerogativa sarà considerata costituzionalmente eterodossa, resta un'assoluta priorità il passaggio verso una sua razionalizzazione che riduca la sovrabbondanza di potere dell'Esecutivo ed esorcizzi la compressione della supremazia parlamentare.

5. La Royal Prerogative: un apparato potestativo ancora attuale?

Per addentrarsi nel pur affascinante campo della *Royal prerogative* e delle sue attuali applicazioni, nonché dei due tentativi di promozione governativa che sono stati entrambi impediti dalle due sentenze *Miller* attraverso una *ratio decidendi* diversificata negli argomenti ma comune negli esiti, si può partire da quel frammento che è emerso nel confronto giudiziario della prima *Miller* allorché senza troppe remore di carattere dottrinale la *respondent* Miller metteva a nudo della prerogativa il suo essere un elemento dell'antica prassi politica della monarchia. Ciò essa faceva annotando polemicamente, nella sua perorazione di fronte alla Corte Suprema, che del tutto arbitrario era il ricorso governativo a questa espressione della potestà regia per dare autonomamente avvio, con la spedizione della fatidica dichiarazione *ex art.50*, al recesso britannico dall'Unione Europea: molti sinteticamente, la Prerogativa era qui definita come l'«*ancient self-serving right that Kings and Queens once used to rid themselves of their enemies*». Ne risultava una rappresentazione dell'impiego della prerogativa da parte dell'amministrazione May come un atto degno delle violazioni che nel primo Seicento erano commesse da un sovrano Stuart il quale, ritenendosi *legibus solutus*, si considerava nel pieno diritto di applicare eccezioni all'ordinamento del regno (e, come tale, di un atto indegno di una forma costituzionale che dalle turbolenze del periodo stuartiano era emersa con ben altre garanzie fondamentali poste sotto la tutela della *rule of law*). In altri termini, la

prerogativa delle origini era l'espressione di un potere sovrano squisitamente politico e ricco di implicazioni arbitrarie che trovavano le proprie giustificazioni nell'antico monarchismo, ovvero di quelle concezioni sulla sovranità del re che ancora nella metà del Seicento il Robert Filmer autore del *Patriarcha* poneva sotto l'egida dell'origine divina del potere regio e come corollario di quella che in tempi più moderni sarebbe stata considerata come la «*absolute authority of the Crown-in-Parliament to speak for the British nation*»⁴¹. L'argomento Miller, in seguito riconosciuto nelle decisioni della *High Court* e delle Corte Suprema, sollevava la questione della violazione dell'ordinamento del regno e della sovranità del Parlamento: nella misura in cui per dare avvio alla Brexit e con essa a tutte quelle conseguenze che avrebbero inevitabilmente inciso sul diritto stabilito e su un alto numero di statuzioni parlamentari, l'amministrazione May aveva scelto la via della trasmissione della volontà di rescindere lo storico vincolo europeo ciò facendo, per dare fedele esecuzione al mandato popolare emerso dal referendum del 2016, in via diretta, senza alcun passaggio parlamentare (e ovviamente senza un coinvolgimento formale della Corona). L'affermazione di Gina Miller era sufficientemente chiara e di facile comprensione, ma in realtà la definizione della prerogativa, alquanto efficace sotto la forma di un appassionato motivo processuale, era alquanto riduttiva poiché la configurava, più che come un complesso di attribuzioni del monarca che lo ponevano in modo altamente interlocutorio con il Parlamento, come un primordiale strumento di eliminazione di antagonisti che gli si erano resi politicamente sgraditi; come fu spesso preteso dai sovrani Stuart⁴² (ed è in questo senso che si può comprendere l'argomento estratto dal caso *Miller*), l'uso di tale potere sostanzialmente autocratico rientrava nella disponibilità del sovrano, ma violava le garanzie degli Inglesi di cui più volte la Camera dei Comuni aveva richiesto, ma con poca utilità, la riconferma.

Secondo gli storici del diritto inglese la prerogativa, o più propriamente la *Royal prerogative*, esprime le attribuzioni potestative del re che si sono accumulati in via di fatto attraverso l'evoluzione della monarchia inglese, e li ricapitola tutti. È pertanto una categoria omnicomprensiva i cui contorni possono risultare alquanto indeterminati e, in ciò assecondando la variabile geometria del potere regio, la si può definire una fattispecie aperta. Per quanto la sua origine sia circondata dalle nebbie dell'antico regime di formazione feudale, ha tratto fondamento e si è vieppiù consolidata seguendo conformandosi alle diverse concezioni della monarchia e l'evoluzione del legittimismo o, più modernamente, della convenzione. Essa riunisce un intero complesso di poteri autonomi del sovrano che gli erano riconosciuti in via esclusiva attraverso la concentrazione nella sua persona di diritti,

⁴¹ M. Loughlin, *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice*, 28, in M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2008, 28 ss. Nella classicità: J.N. Figgis in *The Divine Right of Kings*, Cambridge, 1914; e L. d'Avack, *La ragione dei re. Il pensiero politico di Giacomo I*, Milano, 1975, 247 ss.

⁴² Ampiamente ne trattava il pluricitato saggio di F.D. Wormuth, *The Royal Prerogative, 1603-1649. A Study in English Political and Constitutional Ideas*, Ithaca, 1939.

potestà e immunità, in modo che la sua posizione giuridica risultasse nettamente distinta da quella ogni altra persona. Esistente quale categoria cripto-costituzionale già nei secoli della feudalità allorché il re esercitava una potestà suprema definibile come preminente ma tutt'altro che assoluta per via delle opposizioni baronali (la *Magna Carta* del 1215 e le sue trasformazioni duecentesche sono espressioni eloquenti del contrasto determinatosi tra prerogative del re e diritti dei baroni e dei *liberi homines*), la *Royal prerogative* si suppone formata nel grande periodo di transizione coincidente con la monarchia rinascimentale dei Tudor. In particolare l'affermazione della prerogativa si rendeva visibile nel regno di Enrico VIII, regime assolutista caratterizzato da una concentrazione del potere pressoché totale⁴³, tale da lasciare ai margini della decisione politica lo storico potere che nei due precedenti secoli il Parlamento aveva acquisito sia in materia fiscale e finanziaria, sia come occasionale arbitro dei conflitti di potere sorti intorno alla Corona. Se, da un lato, in questo stadio evolutivo della costituzione inglese ben scarso riconoscimento era riservata dal monarca ai diritti tramandati dalle carte concesse dai precedenti sovrani, dall'altro lato la base tradizionale del potere di prerogativa era individuata nella comune accettazione della credenza della sacralità della persona del re e dell'inevitabilità che proprio al re come persona fisica identificabile con il corpo statutale e dotata di una volontà individuale, e non propriamente alla Corona come istituzione, andassero garantiti diritti e poteri suoi propri. Strumenti tipici di questo stile di conduzione della prerogativa nel campo di produzione del diritto erano, per esempio, le *proclamations* reali il cui uso raggiunse il culmine nell'epoca Tudor⁴⁴ e, finché il Parlamento non oppose loro un determinante argine, nel periodo stuartiano.

Numerosi poteri, che in seguito sarebbero stati modernamente riepilogati entro la formula della prerogativa, erano esercitati dal re in epoche precedenti e si erano via via accumulati in un complesso variegato e tuttavia coerente nell'aderire alla concezione sacrale che la monarchia nutriva di sé stessa. Tuttavia nei riguardi della prerogativa non mancavano nelle istituzioni del regno motivate resistenze, sicché non rare furono le opposizioni e, con esse, i tentativi di riforma o almeno di suo contenimento. Va rammentata a tale proposito la vicenda della parlamentare *Commission of Reform*, organo la cui istituzione era stata imposta dalla Camera dei Comuni per porre rimedio al rifiuto di Riccardo II di riconoscere la legittimità di alcuni atti di *statute law* che erano risultati limitativi del suo potere e che si proponevano di condizionare per il futuro, in senso ovviamente restrittivo, l'esercizio della prerogativa. Questo antesignano conflitto tra Parlamento e Corona, sorto tra il 1386 e il 1387, fu infine portato a conoscenza delle Corti le quali risposero con

⁴³ Così annotava Sir D. Lindsay Keir in *The Constitutional History of Modern Britain, 1485-1951*, London, 1955, 5^a ed., a proposito di questo sovrano: «His recognition as king freed him, as a man, from his attained part. He acquired in its fullness the royal Prerogative – the mass of powers, rights, and immunities which distinguished a king from a private individual», cui conseguenza era che «All that kingship implied was Henry's, to make of what use he could», 10.

⁴⁴ Per una cui rassegna, e per conoscerne metodo e finalità applicative, si vedano i tre volumi di P.L. Hughes, J.F. Larkin, *Tudor Royal Proclamations*, London, 1964-69.

un'articolata decisione dalle gravi implicazioni politiche: infatti i giudici dichiararono la nullità di tutti gli Atti che il Parlamento aveva approvato per limitare la prerogativa, incriminando i promotori di tali leggi e proclamandoli degni della pena capitale. Le Corti confermavano inoltre, a futura memoria, la piena legittimità della prerogativa con particolare menzione dei poteri che il Parlamento aveva contestato, tra i quali il potere di convocazione e di scioglimento della Camera dei Comuni, il potere di determinare ordine e andamento dei lavori parlamentari, di annullamento di qualsiasi atto di *statute law*, e infine di decidere sulla procedibilità di ogni atto di *impeachment* che fosse promosso dai Comuni nei riguardi di chi avesse operato in nome della Corona (a questa preclusione la Camera dei Comuni avrebbe reagito introducendo la figura alternativa dell'*attainder*, forma di accusa di origine e gestione parlamentare che era realizzata sotto l'egida della *statute law*, riproduceva la formula duale dell'*impeachment* e la sottraeva al diretto controllo del re e delle Corti, risultando non meno efficace quale versatile strumento di eliminazione politica o fisica degli incriminati⁴⁵). In questo modo poteri attivi, diritti e immunità attribuiti al sovrano potevano da quest'ultimo essere trasmessi a chiunque agisse per suo conto, e sebbene in seguito alcuni *writ*s della giurisdizione di *equity*, del genere del *quo warranto*, del *certiorari* o del *trespass*, fossero conati per punire le illegittimità compiute da agenti del monarca in assenza di potere o in suo abuso o in violazione di diritti, la sfera della prerogativa regia si ampliava ulteriormente mediante atti che immunizzavano il reo o introducevano eccezioni al diritto di produzione parlamentare. Si concretizzava in tal modo l'idea dell'assoluta legittimità di un intero complesso di potestà regali basate sull'asserzione i ministri erano ministri "del re" e che il Parlamento era un Parlamento "del re", e che pertanto il sovrano, supremo garante della pace del regno, poteva legittimamente estendere a dismisura la sua azione di prerogativa declinandola in senso atecnico, ovvero svincolato dalle leggi che incombevano sui sudditi, in direzione di «*a complex of institutions, procedures and conventional conduct in public affairs*»⁴⁶.

⁴⁵ Nondimeno anche l'*attainder*, pur non diventando un elemento della prerogativa, fu fattualmente attratto nella disponibilità del sovrano, purché egli fosse in grado di manovrare a suo piacimento azione e volontà della Camera dei Comuni ed evitare di esporsi personalmente delegando – anche in questo caso modificando, per prerogativa, il suo potere di promulgazione del relativo *bill* mediante una delega a un suo fiduciario. Così, ovviamente in epoca Tudor ove questa forma di incriminazione condusse sul patibolo numerosi oppositori del re o, nel quadro della ribellione parlamentare contro Carlo I per sopprimere suoi fiduciari invisi al Parlamento o infine, nella Restaurazione, per irrogare in via postuma la massima sanzione nei confronti dei principali capi rivoluzionari, come documenta C. Rhys Lovell in *English Constitutional and Legal History. A Survey*, New York, 1962, 316 ss. Sulla diffusione del procedimento v. S.E. Lehmberg, *Parliamentary Attainder in the Reign of Henry VIII*, in *The Historical Journal*, 4, 1975, 675 ss.

⁴⁶ Così intendeva T.P. Taswell-Langmead, in *English Constitutional History. From the Teutonic Conquest to the Present Time*, London, 1960, 11^a ed., 172. Su tale ampia gamma potestativa che è propria del monarca anglo-britannico cfr., tra i molti, le analisi di P. Jackson, *The Royal Prerogative*, in *The Modern Law Review*, 6, 1964, 709 ss.; A. Taylor, *Royal Prerogative and Act of State*, in *The Cambridge Law Journal*, 1, 1968, 1 ss.; B.S. Markesinis, *The Royal Prerogative Re-Visited*, in *The Cambridge Law Journal*, 2, 1973, 287 ss.; H.V. Evatt, *The Royal Prerogative*, Sydney, 1987; P. Hennessy, C. Anstey, *Jewel in the Constitution?: The Queen, Parliament and the Royal Prerogative*, Glasgow, 1992; S. Payne, *The Royal Prerogative*, in *The Nature of the*

Sulla base di questo precedente storico che vide le Corti schierarsi a difesa del potere esercitato dal monarca e in contrasto con l'orientamento della Camera dei Comuni, l'intera storia dei rapporti tra la Corona e il Parlamento è stata pesantemente condizionata dall'evoluzione della prerogativa e da quella sua estensione a intere categorie di atti di Stato, di diritto sia interno sia internazionale, che nella formula di separazione dei poteri elaborata da Locke rientravano nelle sfere del potere esecutivo e del federativo, pur non mancando nel pensiero dell'eminente filosofo, che si rese interprete del parlamentarismo sorgente, annotazioni critiche sulla consistenza costituzionale della pura prerogativa⁴⁷. Le conseguenze tuttavia sono ben note al costituzionalista e su esse è quasi superfluo dilungarsi: sarà sufficiente sottolineare come con il grande confronto seicentesco, in cui l'assolutismo stuartiano coltivò l'illusione di poter imporre all'intero regno la supremazia del proprio potere di legittimazione divina sulle leggi parlamentari e sui diritti tradizionali, alla *Royal prerogative* si opponesse la speculare categoria del *Privilege* parlamentare anch'esso costituito da poteri, immunità e diritti che tuttora sono vigenti e osservati come elementi della costituzione non scritta⁴⁸ e configurabile come il principale antidoto storico al prevalere della prerogativa⁴⁹. Se considerata sotto questo profilo, il Privilegio parlamentare delle origini va inteso non come espressione di una sovranità apertamente rivendicata dal Legislativo (questo principio è di pura formazione dottrinale e di gran lunga posteriore alla formazione del *Privilege*) bensì all'interno di un sistema di separazione dei poteri: definita da Blackstone la *Royal Prerogative* come «*that special preeminence, which the King hath, over and above all other persons, and out of the ordinary course of the common law, in right of his regal dignity*», la contrapposizione del Privilegio ha rappresentato l'unica

Crown, Oxford, 1999, cap.4; T. Poole, *United Kingdom: The Royal Prerogative*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2010, 146 ss.; J. Law, *The Royal Prerogative*, Oxford, 2018, 9^a ed. Per due eruditi studi storici v. M. Hale, *Prerogativa Regis* (c. 1660), edito per la *Selden Society* con il titolo *The Prerogatives of the King*, London, 1976; e J. Allen, *Inquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, London, 1830 e 1849.

⁴⁷ Utili annotazioni in P. Pasquino, *Locke on King's Prerogative*, in *Political Theory*, 2, 1998, 198 ss.

⁴⁸ Ma certamente codificata con altri mezzi: vale per tutti il pressoché esaustivo *Erskine Mays' Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (noto anche come *Parliamentary Practice*) giunto oggi alla 25^aed., New York, 2019, che articola l'intera materia nella Parte 2 *Powers and Privileges of Parliament*.

⁴⁹ Un classico studio delle origini ed evoluzione del Privilegio parlamentare è C.F. Wittke, *The History of English Parliamentary Privilege*, Columbus (OH), 1921. Per una aggiornata riorganizzazione della materia v. il rapporto *Parliamentary Privilege* (London, Cm 8318) presentato alla Camera dei Comuni dal *Leader of the House of Commons* e dal *Lord Privy Seal* nell'aprile 2012; e a Westminster anche un apposito *Joint Committee* parlamentare esercita un costante scrutinio sul tema, su cui v. *Parliamentary Privilege*, London, 2013. Anche il *Ministry of Justice* aveva precedentemente prodotto un rapporto di analogo contenuto, volto principalmente a verificare quanto della prerogativa fosse applicabile per agevolare l'attività dell'Esecutivo: *The Governance of Britain: Review of the Executive Royal Prerogative Powers. Final Report*, London, 2009. V. anche un'analisi costituzionalistica del primo Novecento che collega il consolidamento del Privilegio all'art.9 del *Bill of Rights*, ossia, P. Evans, *Privilege, Exclusive Cognisance and the Law*, che apre il *reader* di A. Horne, G. Drewry (eds.), *Parliament and the Law*, Oxford, 2018, 7 ss.

significativa fonte della protezione dall'arbitrio dei singoli rappresentanti elettivi, e con essi dell'intera istituzione di Westminster, e molto più della sovranità parlamentare, categoria in parte fittizia, configura la più concreta garanzia di evoluzione di un sistema un tempo dominato dal diritto divino dei re.

Ciò detto, e tornando alla *Royal Prerogative* come attributo potestativo del monarca che ne legittima un'azione discrezionale nel campo della politica del regno, è opportuno sottolineare come la sua accettazione nel campo del diritto costituzionale non implichi necessariamente la possibilità che il re, pur titolare del potere di eccezione, possa violare il diritto del regno: verrebbe in tal modo meno la sua dignità di suo supremo garante, e di fatto – come dimostrò l'evoluzione costituzionale dal periodo stuartiano in poi – la prerogativa resta soggetta all'analisi delle Corti, alle quali compete verificare se un determinato potere di prerogativa esista o meno, nonché del Parlamento stesso che può limitare la prerogativa mediante un atto di *statute law* (ed è in questa direzione che si orienta lo sguardo di chi, sostenendo la causa della scrittura costituzionale o almeno della codificazione di sue parti, indica la prerogativa come il settore più esposto a tale operazione). La trasformazione dell'antico diritto, che in determinate fasi evolutive aveva consegnato al monarca poteri che non si avrebbe difficoltà nel definire despotici, apriva nuove prospettive di esercizio legittimo della prerogativa come condizionata dal controllo concreto e successivo esercitato dal potere Giudiziario⁵⁰ e astratto e generale esercitato dal Parlamento, ma a condizione che questo si erigesse a incondizionato legislatore del regno. Ma, per quanto ciò possa risultare un (apparente) paradosso, nello stato momento in cui questa *plenitudo potestatis* si trasferiva dalla Corona al Parlamento, il nuovo *settlement* costituzionale esprimeva da sé, nel giro di una scarsa generazione di statisti e di formazioni politiche, la figura del Primo ministro, primo consigliere del monarca, sua figura sostitutiva sul piano dell'esercizio del potere e principale interlocutore, e in seguito *dominus*, del Legislativo. La traslazione della prerogativa, ovviamente non della sua titolarità bensì del suo esercizio, dalla regalità al governo consegnava nelle mani di esponenti sempre più autorevoli del potere esecutivo un potere sempre più penetrante nei riguardi del Parlamento entro un quadro che Walter Bagehot, quasi prendendosi gioco delle filosofie del periodo rivoluzionario che evidentemente giudicava astratte, descriveva di stretta cooperazione anziché di separazione tra i poteri. Una costola della prerogativa antica è tuttora il complesso delle cosiddette *Henry VIII clauses* con cui, in un tipico quadro di cooperazione che tuttavia a stento nasconde una forma di cedimento del "sovrano" Parlamento all'interferenza dell'Esecutivo in campo legislativo, i ministri risultano autorizzati a intervenire su Atti di *statute law* già approvati dai Comuni e dotati di *Royal Assent*, mutandone le statuizioni attraverso altri Atti di legislazione "secondaria" che siano prodotti con procedimento autonomo. Questa previsione di una diversa corsia legislativa che attribuisce

⁵⁰ Specialmente nel caso delle *proclamations* che della prerogativa costituivano l'elemento più direttamente contiguo al potere legislativo del Parlamento e produttore di potenziali conflitti: v. G.A. Schubert, *Judicial Review of Royal Proclamations and Orders-in-Council*, in *The University of Toronto Law Journal*, 1, 1951, 69 ss.

all'Esecutivo un ulteriore supplemento di potere nella sfera della legislazione configura un esempio alquanto vistoso del *revival* della prerogativa che è stato inserito nelle relazioni tra un Governo già arbitro della *delegated legislation* e l'istituzione parlamentare autrice della *statute law*⁵¹. Di queste clausole è stata prefigurata, e certamente temuta, un'applicazione estensiva proprio nello scenario che sarà aperto dalla realizzazione della Brexit⁵², e ciononostante l'avere più volte ipotizzato, nel corso della contesa sui già menzionati *withdrawal bills*, che il Governo possa fare un grande uso delle *clauses* per contrastare l'eventuale opposizione che i Comuni produrrebbero per via legislativa, non si sottrae a considerazioni critiche fondate sull'osservazione che, se per via del suo valore costituzionale puro ogni *withdrawal bill* dovrebbe restare di esclusiva pertinenza parlamentare (in tal senso essendosi pronunciata in *Miller* la Corte Suprema), la propensione dell'Esecutivo di ricorrere alle *Henry VIII clauses* per alterare le statuizioni parlamentari risulterebbe un'ulteriore prova di condotta costituzionalmente impropria che rischierebbe di radicalizzare i rapporti tra Corona e Parlamento⁵³. In questo caso, per via della loro natura, e in questo caso ben più dell'offensiva foga argomentativo-linguistica con cui dal *frontbench* governativo il *premier* Johnson ha vilipeso l'istituzione parlamentare che per suo privilegio, accertata la perseveranza nel *contempt*, sarebbe stata nel pieno in diritto di applicare quella parte del suo Privilegio che sanziona tale condotta, approvare anche stavolta, come già fatto per la prima volta nella storia con la *privilege motion* che è stata votata a maggioranza nel dicembre 2018, una severa apostrofe di censura nei riguardo di un esponente dell'Esecutivo, ed eventualmente applicare al responsabile di tale condotta una dura ammenda politica (ma ultima risorsa difensiva resterebbe tuttavia, da Boris Johnson non essendo rispettata, a fronte delle reiterate sconfitte subite nella Camera dei Comuni e della perdita del sostegno di oltre una ventina di *tories* e dei deputati unionisti nordirlandesi, l'ovvia convenzione per cui «*when the Prime Minister loses his majority in the Commons, he must resign*»⁵⁴).

⁵¹ Ed è sotto questo aspetto che viene stigmatizzato da M. Pečarič in *An Old Absolutist Amending Clause in the “New” Instrument of Delegated legislation*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 1, 2016, 1 ss.; in precedenza, anche C. Forsyth, E. Kong, *The Constitution and Prospective Henry VIII Clauses*, in *Judicial Review*, 1, 2004, 17 ss.

⁵² Così nel breve *paper* della *UK Environmental Law Association*, *Brexit. Henry VIII Clauses and Environmental Law*, Bristol, 2017.

⁵³ Tale l'opinione di J. Law, che si trascrive integralmente: «*There is an irony in the necessity of Henry VIII powers. The Miller case vindicated the place of Parliament as a principal source of constitutional law, though I have with respect expressed some reservations as to some aspects of the majority's reasoning. Yet it appears that in order to give effect to the determinations of Parliament that the UK should leave the EU, substantial legislative powers (whatever their final form) will in fact have to be granted to the executive; no clean break, then, between the domains of the Crown and Parliament*», in M. Elliott, A. Young, J. Williams (eds.), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, cit., 218.

⁵⁴ C. Rhys Lovell, *English Constitutional and Legal History. A Survey*, cit., 444.

6. Nota finale sulla decisione Miller 2.

Se con la prima decisione *Miller* si è potuto verificare quanto, attingendo alla conoscenza della storia costituzionale anglo-britannica e riepilogandone le tappe evolutive, la giurisdizione possa operare quale principale avvocatessa di una supremazia del Parlamento che l'Esecutivo mostra oggi di contrastare proponendosi come soggetto di prerogativa o di sottovalutare come soggetto egemone della politica nazionale, una differente prospettiva è emersa dalla *Miller 2*. La sentenza merita molta attenzione e di certo su essa molto si scriverà in futuro, e purtuttavia fin d'ora è possibile una sintetica annotazione che si collega comunque alla questione della *Royal Prerogative* e al distorto uso di cui si è reso gravemente responsabile il Primo ministro inducendo la regina a dichiarare la *prorogation* del Parlamento.

Di contro a chi a prima vista si pronunciò per l'illiceità dell'atto, giova chiarire che disporre per la sospensione dell'attività parlamentare rientra legittimamente nel quadro del potere monarchico. Infatti è stato facendo appello a tale potestà che il 10 settembre 2019 era solennemente annunciato dal *Lord Privy Seal* che il Parlamento, "licenziato" per un periodo in sé breve, ma negativamente cruciale per l'andamento dell'intenso dibattito in corso sulla Brexit, si sarebbe potuto nuovamente riunire il 14 ottobre successivo, ovvero a pochi giorni dal termine del 31 di questo mese che era stato fissato come ultima scadenza oltre la quale, non essendo intervenuto alcun diverso accordo, si sarebbe giuridicamente compiuto l'abbandono dell'Unione Europea, molto presumibilmente con condizioni di *no deal*. Questa decisione è stata il prodotto di un *Order in Council*, predisposto in una riunione del Consiglio Privato della Corona e basato su una richiesta del Primo ministro sostenuta da un parere, o consiglio (*advice*) sulle necessità della sospensione; questo *advice* sottolineava l'argomento che nello stesso 14 ottobre sarebbe stato pronto l'annuale *Queen's speech* e che la fissazione di quella data non escludeva che il Parlamento fosse perfettamente in grado di dibattere e approvare un definitivo *Withdrawal Agreement Bill*, in cui larga parte ha la *delegated legislation* governativa su cui il controllo parlamentare incontrerebbe notevoli ostacoli⁵⁵, avendo peraltro preso conoscenza delle ultime determinazioni del Consiglio Europeo. Queste, in estrema sintesi, le condizioni che hanno condotto alla decisione regia della *prorogation*, a cui si sarebbero immediatamente opposti, in Scozia, il ricorrente Cherry nella causa *Cherry v The Lord Advocate* e, in Inghilterra, la già menzionata Gina Miller in *R(Miller) v Prime Minister*⁵⁶. In entrambi i casi la *Court of Session* di Edimburgo e una *Divisional* della *High Court* respingevano i ricorsi, argomentando che l'*advice* primo-ministeriale, palesemente strumentale a paralizzare per alcune

⁵⁵ Ne tratta A. Tucker in *A First Critical Look at the Scrutiny of Delegated legislation in the Withdrawal Agreement Bill*, U.K. Const. L. Blog (24th Oct 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>. Le modalità procedurali che emergono da tale progetto di legge sono articolate in quaranta articoli e sei *schedules*, di cui una selezione è analizzata in dettaglio nel recente *paper* di A. Arnall, *The European Union (Withdrawal) Agreement Bill*, U.K. Const. L. Blog (4th Nov. 2019).

⁵⁶ Rispettivamente: [2019] CSOH 70 e [2019] EWHC 238.

settimane il Parlamento nella sua discussione del procedimento di recesso dall'Unione Europea, interferiva negativamente sull'attività del Legislativo e, con ciò, sugli *standard* di adeguato funzionamento che si ci attenderebbe ragionevolmente da istituzioni pubbliche; unanimemente i supremi giudici riconoscevano che la *prorogation*, producendo nel caso null'altro che l'effetto di sottrarre al Parlamento il tempo necessario per discutere a fondo l'andamento dell'attività governativa in merito alla Brexit, e non ritenendosi una *reasonable justification* l'eccessivo lasso di sospensione richiesto per scrivere il Discorso di apertura della nuova sessione parlamentare, l'*advice* del Primo ministro doveva essere considerato un eccesso di potere di entità tale da travolgere la deliberazione del Consiglio Privato e la proclamazione della stessa Elisabetta II, consegnandole a una condizione di nullità⁵⁷.

Pur valutando con favore l'orientamento della Corte Suprema nei riguardi di questo episodio di nuovo ricorso ministeriale alla prerogativa per, sostanzialmente, accelerare il processo di Brexit o eliminare gli ostacoli parlamentari che lo potrebbero ostacolare, si può dare ad alcuni elementi di critica che potrebbero condizionare per il futuro l'intera lettura costituzionale inerente ai rapporti tra Parlamento, Primo Ministro e Corona, e su cui sia possibile aprire un intenso dibattito⁵⁸. Quel che tuttavia giova porre in rilievo è che, secondo la Corte Suprema, l'esercizio di un potere legittimo della Corona è stato sindacato in giudizio non in sé (lo si potrebbe definire pertanto, aderendo alla cultura costituzionale classica⁵⁹, come un potere di prerogativa ancora assistito da intangibilità, su cui le Corti sono tenute a muoversi con estrema circospezione) quanto nell'atto prodromico consistente nell'*advice* del Primo ministro. La questione dell'*advice* e della sua natura come interpretata dal Primo Ministro forma, pertanto, il punto cruciale dell'intero caso *Miller 2*. Se si apprezza l'efficacia con cui la Corte Suprema si è inserita nella controversia politica e istituzionale di cui si sta tentando faticosamente di raccogliere

⁵⁷ E purtuttavia, a diretto commento della *Miller 2*, v'è chi riconosce che qualche residuo potere di determinazione dovrebbe essere riconosciuto alla regina, eventualmente prestando ascolto al Parlamento e (ma questo è un suggerimento di chi sta scrivendo) recuperando almeno un frammento dell'autorità che la tradizione colloca nella *Queen-in-Parliament*; qualche spunto che indurrebbe in tal senso la lettura del caso si può evincere da quanto si legge in M. Detmold in *The Monarch in the Room*, U.K. Const. L. Blog (2nd Oct. 2019).

⁵⁸ Recentissimo, molto documentato e sotto certi versi giuridicamente ineccepibile è quanto scrive M. Loughlin, nell'ampio rapporto *The Case of Prorogation. The UK Constitutional Council's Ruling on Appeal from the Judgment of the Supreme Court*, prodotto nell'ambito dell'attività di *Policy Exchange*, London, 2019. Tra i motivi critici qui dedotti sia rammentato il riferimento all'art.9 del *Bill of Rights* che sancisce la non conoscibilità da parte delle Corti dei procedimenti parlamentari (di fatto, l'annuncio della *prorogation* è per alcuni considerato tale al pari dell'annuncio dell'Assenso reale quale solenne promulgazione della legge) (9 ss.); la sottoponibilità al giudizio delle Corti dell'*advice* primo-ministeriale (11 ss.); la non proponibilità in giudizio di *constitutional principles* quali elementi tecnici della *ratio decidendi* (13 ss.); la sindacabilità della *prorogation* alla luce degli *standards* che debbono essere rispettati nell'azione pubblica (17 ss.).

⁵⁹ Si veda a tal proposito la voce *Prorogation*, in N. Wilding, P. Laundy, *An Encyclopædia of Parliament*, London, 1968, 3^a ed, 606 ss., che esordisce con «*A session of Parliament is terminated by prorogation. Parliament being prorogued by exercise of the Royal Prerogative*» (in questa voce si leggono anche dettagli sul cerimoniale e sulla sostanza che gli è attribuito nell'ambito del Privilegio parlamentare).

gli elementi più interessanti per il costituzionalista⁶⁰, un'ulteriore riflessione sull'evocazione della prerogativa da parte, stavolta, dalla lettura dell'azione del *premier* Johnson e degli effetti deteriori dell'appropriazione governativa delle leve della prerogativa. Di particolare utilità può essere pertanto, ma rinviando ad altra sede una considerazione dettagliata della questione, la riflessione sul senso politico e costituzionale dell'*advice* quale residuo dell'antica funzione feudale, riservata ai baroni nel quadro di un rapporto di *officium-beneficium*, di assistere il monarca con il proprio consiglio nell'esercizio dei suoi poteri, e oggi concentrata nel Primo Ministro che da Walpole in poi è diventato, nella maggior parte dei casi e oggi in una forma pressoché codificata dalla convenzione, l'unico, il costituzionale e, si sperebbe, il migliore assistente del monarca nella valutazione degli affari di Stato della cui materiale conduzione ha la massima responsabilità. Nella riflessione che in appena tre sedute (17, 18 e 19 settembre 2019) la Corte Suprema ha individuato nella questione dell'ingannevole gestione dell'*advice* un cavallo di Troia capace di oltrepassare il muro della *prerogation prerogative* e, senza intaccare – almeno per il momento – il nucleo di legittimità del potere della regalità di cui oggi materialmente dispone il moderno *premier*, di riconfermare intatto il principio di sovranità parlamentare. Se, come altrove è stato correttamente sottolineato nel quadro di una riflessione di ampio respiro sullo slittamento “presidenzialistico” della *premiership* britannica, l'*advice* non è soltanto un dovere-diritto per chi lo presta, auspicabilmente in modo leale e veritiero, ma anche un diritto-dovere intangibile di chi ne è il recettore (e di certo tale condizione deve caratterizzare il consiglio prestato dal Primo ministro a chi si cinge della corona perché l'*advice* è tra le primarie incombenze del suo ruolo di statista), di certo nel caso giudicato dalla Corte Suprema nella *Miller 2* è sul *premier* Johnson che ricade la grave responsabilità di avere trasformato la dimensione colloquiale della prassi costituzionale britannica forzandone i limiti⁶¹.

⁶⁰ Per i molti dettagli del caso, si rinvia al recente C. Martinelli, *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (N° 2) della UKSC*, in *Osservatorio AIC*, fasc.6, 2019. L'impegno della Corte Suprema a conferma della sovranità parlamentare, già emergente dalla prima *Miller* con sulla scorta di una *ratio decidendi* in cui convenienza costituzionale e opzione di principio si sono delineate nella loro complementarietà – tale un dualismo ampiamente anticipato, entro i margini spesso incerti della *unwritten constitution*, nelle lucide annotazioni di D. Oliver, *A Pragmatic or Principled Doctrine*, U.K. Const. L. Blog (3rd May 2012) – aprendo nuove prospettive di definizione di fondamentali categorie costituzionali, su cui si sofferma, a commento dell'illegittima operazione compiuta dal Primo Ministro e dalla distorsione che ne è derivata nell'uso della prerogativa – S. Fowles, in *Cherry/Miller: What's Next?*, U.K. Const. L. Blog (26th Sept. 2019).

⁶¹ Osservava a tale proposito con riferimento al sorgere, in materia di conflittualità da *advice*, dell'eventualità più che concreta del sorgere di serie complicazioni costituzionali (uno stato di cose che ha trovato puntuale conferma nell'odierna vicenda), S. Pryce, in *Presidentializing the Premiership*, cit., che «*The development of British constitutional practice at least since the early seventeenth century makes the following things clear: 1. (...) 2. At a certain moments advice becomes politically and constitutionally controversial. Such moment also coincide with times when the executive appears to be attempting to rule alone, that is, when alternative advisers enable the executive to ignore the constitutionally accepted sources; 3. These periods of constitutional controversy lead to temporary settlements of the advice question, in which one side or the other gains some ground and attempts to constitutionalize and institutionalize the new position*», 18, in tal modo deformando quello, il britannico

tradizionale, che dall'autrice è definito «*a system of government by conversation*», 6. Rilievi fortemente critici emergono dal commento degli eventi istituzionali che si avvicendano nelle cronache della Brexit, di cui si occupa T. Khaitan, *On Coups, Constitutional Shameless, and Lingchi*, U.K. Const. L. Blog (6th Sept. 2019), concludendo che «*Far fewer coups will suffice to eviscerate the squishier British constitution*».

Il presente fascicolo è stato prodotto tra il 10 e il 14
gennaio 2020 e definitivamente caricato *online* alle
ore 16 di tale ultimo giorno